



**A FASE DE SANEAMENTO
EM PORTUGAL,
INGLATERRA E NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA**

Dissertação de Mestrado em Justiça: Perspetivas Jurídicas e Meta-Jurídicas

Sob a orientação da Professora Doutora Mariana França Gouveia

Isabel Rodrigues Gonçalves

Lisboa, julho de 2013

“[...] A minha vida não é nada de contemplação, ao contrário tudo o que há de mais real, mais de facto. Nem eu sou um temperamento contemplativo. [...] Agora a minha idade é outra – resolver problemas e marchar, subir em cultura física, e espiritual e artística ao mais alto degrau, aproveitar desta vida o mais possível, pois que tudo é passageiro, e o céu outrora prometido já não seduz os homens modernos.”

Carta de Amadeo de Souza-Cardoso a Francisco Cardoso, c. 1910-1911, in *Pintores Portugueses, Amadeo de Souza-Cardoso*, de Catarina Alfaro

AGRADECIMENTO

A realização deste trabalho só foi possível com os ensinamentos e a orientação da Professora Doutora Mariana França Gouveia, a quem devo um sincero e profundo agradecimento.

DECLARAÇÃO

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

MODO DE CITAR

1. Os artigos mencionados sem indicação de fonte pertencem ao Código de Processo Civil português vigente.
2. No texto, as obras são citadas em nota de rodapé, por referência ao autor, título, ano, volume e páginas. Quando numa nota se citam vários autores a ordenação é alfabética. Nas obras com mais de três autores é referido apenas o primeiro seguindo-se a indicação *et al.*
3. Na bibliografia, as obras são elencadas por ordem alfabética do último apelido do autor (exceto os autores espanhóis que são referenciados pelo penúltimo e último apelido) seguido do nome próprio, título, local de edição, editora e ano, respeitando-se nos casos em que há mais autores a ordem pela qual aparecem na obra.
4. As traduções apresentadas, salvo indicação expressa em contrário, são da responsabilidade da autora.

ABREVIATURAS

AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
Art.	Artigo
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
Cfr.	Conferir
Cit.	Citado
Coord.	Coordenação
CPC	Código de Processo Civil
CPR	Civil Procedure Rules
CRPre	Código Registo Predial
Et al	E outros
FRCP	Federal Rules of Civil Procedure
FRE	Federal Rules of Evidence
PD	Practice Direction
PTCP	Principles of Transnational Civil Procedure
Trad.	Tradução
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora

ÍNDICE

AGRADECIMENTO	II
DECLARAÇÃO	III
MODO DE CITAR	IV
ABREVIATURAS	V
INTRODUÇÃO	1
I – SANEAMENTO E CONDENSAÇÃO NO PROCESSO CIVIL DECLARATIVO PORTUGUÊS	6
1. <i>Introdução</i>	6
2. <i>Saneamento e condensação</i>	9
2.1 Despacho pré-saneador	11
2.2 Audiência Preliminar	21
2.2.1 Tentativa de conciliação	22
2.2.2 Discussão quando cumpra apreciar exceções dilatórias ou conhecer de mérito	24
2.2.3 Discussão para delimitação dos termos do litígio e suprimento das insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de facto	25
2.2.4 Despacho saneador	26
2.2.4.1 Conhecimento das exceções dilatórias e nulidades processuais	27
2.2.4.2 Conhecimento de mérito	28
2.2.5 Base instrutória e factos assentes	29
2.2.6 Objetivos complementares da audiência preliminar	35
2.2.7 Dispensa da audiência preliminar	35
2.2.8 Audiência prévia	37
II – O PROCESSO CIVIL INGLÊS	38
1. <i>Introdução</i>	38
2. <i>Sistema judiciário</i>	39
3. <i>Marcha do processo</i>	40

3.1 Fase de apresentação do caso	41
3.2 Fase de preparação da prova e organização do processo	43
3.2.1 Formas de tramitação	45
3.2.2 Questões Preliminares	47
3.2.3 Julgamento sumário	48
3.2.4 Rejeição de articulados	48
3.3 Fase de julgamento	49
III - O PROCESSO CIVIL AMERICANO	51
1. <i>Introdução</i>	51
2. <i>Sistema judiciário</i>	52
3. <i>Marcha do processo</i>	55
3.1. Fase de apresentação do caso	58
3.2 Fase de preparação da prova e organização do processo	60
3.2.1 Rejeição dos articulados	61
3.2.2 Julgamento sumário	62
3.2.3 Audiência	62
3.3 Fase de julgamento	63
IV - GRELHA COMPARATIVA	66
V - ANÁLISE DOS TRÊS SISTEMAS PROCESSUAIS	69
1. <i>Apreciação e suprimento de vícios processuais</i>	69
2. <i>Convite ao aperfeiçoamento dos articulados</i>	75
3. <i>Tentativa de conciliação</i>	88
4. <i>Conhecimento do mérito</i>	90
5. <i>Fixação dos factos controvertidos</i>	94
6. <i>Indicação e admissão dos meios de prova</i>	98
7. <i>Designação da data da audiência final</i>	101
VI – CONCLUSÕES	104
VII- BIBLIOGRAFIA	110

INTRODUÇÃO

Nas sociedades do mundo Ocidental, o século XX revelou, a par de pontos desprovidos de alteração significativa na área cultural, económica e social, uma notória multiplicação e aceleração de vivências, necessidades e formas de organização do quotidiano. O desenvolvimento do Estado de direito liberal traduziu-se numa ampla regulamentação, procurando abarcar toda a vida social.

O movimento de codificação que teve a sua génese entre os séculos XV a XVII e eclodiu como garantia de direitos no século XIX, não se adapta agora facilmente a muitas das novas problemáticas, quer pela amplitude territorial ou transfronteiriça dos acontecimentos, quer porque o direito positivo nem sempre consegue traduzir a essência de muitos dos sentidos e sentimentos dos indivíduos e das relações que estabelecem entre si.

Na raiz histórica da civilização jurídica ocidental encontram-se dois planos normativos¹: o da norma escrita e o do padrão de comportamento relativo à dimensão espiritual. A tentativa de recondução deste diálogo a uma única dimensão positivista revelou fragilidades, designadamente a de estranheza da lei perante muitas das fórmulas de vida tradicionais que não encontraram tradução no respetivo texto².

Se a função do direito, como ciência social, é a de estabelecer padrões de comportamento que permitam uma vivência social equilibrada, o afastamento entre a vida e o direito é uma contradição geradora de equívocos, quer para a lei que não preenche o seu objetivo regulador, quer para os destinatários da lei que, não a reconhecendo, não lhe conferem legitimidade reguladora.

No percurso entre a lei e os seus destinatários encontramos os juristas, como tradutores e intérpretes da primeira perante os segundos e os tribunais, órgãos de soberania, poder do Estado materializado num lugar físico que processa a síntese ao administrar a justiça.

Esta posição de órgão de realização do direito é estratégica para o reencontro da lei com as situações que visa tutelar, ao permitir conhecer diretamente os litígios e verificar a existência de resposta adequada.

Na sociedade contemporânea redescobriu-se que a resolução de conflitos passa por muitas outras entidades para além dos tribunais. Igrejas, associações de pais ou alunos e sindicatos, entre tantas outras formas de organização social, são instâncias onde se podem resolver conflitos³. E o crescimento e complexidade das relações sociais é campo fértil para o proporcional aumento da conflitualidade e criatividade de novas formas de solução para os problemas emergentes. Falamos dos meios de resolução alternativa de litígios como a

¹ Paolo Prodi, *Uma História da Justiça do pluralismo dos tribunais ao moderno dualismo entre a consciência e o direito*, 2002, p. 16.

² António Manuel Hespanha, *A política perdida: Ordem e Governo Antes da Modernidade*, 2010, p. 205-207.

³ Conceição Gomes, *Os Atrasos da Justiça*, 2011, p. 16.

Mediação, Negociação e Arbitragem, sendo que de outros se poderia falar, não havendo uma tipologia fechada⁴. Característica de todos eles é a de não serem meios judiciais⁵.

No mundo da divergência e do conflito e perante todos os meios de resolução encontrados, vamos centrar o nosso trabalho nos tribunais, órgãos de soberania independentes e imparciais com competência para administrar a justiça. O poder judicial é integrante das sociedades contemporâneas e inultrapassável como último reduto da garantia do cumprimento do direito numa sociedade democrática.

Na área do direito privado, e apenas a esta nos vamos referir, a violação de normas de conduta, a prevenção da violação, o exercício de direitos potestativos e a dúvida sobre situações jurídicas são causas de recurso aos tribunais⁶.

A atividade dos sujeitos privados e dos tribunais para tutela das situações jurídicas carecidas de definição pauta-se por normas adjetivas, ou instrumentais, cujo conjunto constitui o direito processual civil⁷.

O processo jurisdicional traduz-se numa sequência de atos jurídicos ordenados para um fim⁸, primariamente a paz jurídica e a concretização do direito objetivo⁹.

Determina o artigo 6º, nº 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem que “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei...”.

O artigo 20º nº 4 da Constituição da República Portuguesa dispõe que “todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo”.

É este o ponto de partida para o nosso trabalho. A ação tendente à apresentação de um pedido em tribunal para que este defina e garanta os eventuais direitos expostos à sua apreciação.

A atuação correspondente à apresentação, apreciação e resposta do tribunal a este pedido está subordinada a uma sequência de atos jurídicos previstos na lei que pode tomar vários modelos¹⁰.

No direito processual civil português à distinção entre os vários modelos presidem critérios baseados no valor da causa e no objetivo da ação, no pressuposto de que os pedidos

⁴ Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2012, p. 15.

⁵ Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2012, p. 15.

⁶ José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais*, 2009, p. 8.

⁷ José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais*, 2009, p. 9.

⁸ José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais*, 2009, p. 12.

⁹ Othmar Jauernig, *Direito Processual Civil*, tradução por F. Silveira Ramos, 1998, p. 36.

¹⁰ José Lebre de Freitas, *A Acção Declarativa Comum À Luz do Código Revisto*, 2010, p. 11.

de maior valor obrigam a maior ponderação, bem como no de que alguns dos objetivos envolvem maior grau de complexidade do que outros¹¹.

O processo ordinário está reservado às ações de maior expressão económica e aparente grau de complexidade, possuindo a regulamentação mais vasta de todas as restantes formas de processo. Por isso funciona como modelo subsidiário (arts. 463º e 464º do CPC) e é apontado como modelo paradigmático¹².

Neste contexto a nossa referência no âmbito do ordenamento português vai restringir-se à ação declarativa comum na forma ordinária (arts. 460º e 462º do CPC), que aliás passa a ser a única forma do processo na redação do CPC aprovada pela Lei 41/2013, de 26.06¹³ que irá entrar em vigor em 1 de setembro de 2013.

Cabe precisar que toda a análise que vamos passar a desenvolver está baseada no CPC vigente à data de entrega deste trabalho, mas inserimos comentários ao código conforme disposto na recente Lei 41/2013 de 26.06.

Como pontos de referência estrangeiros vamos observar os modelos de processo jurisdicional para resolução de litígios privados em Inglaterra e nos Estados Unidos da América.

A escolha do processo civil dos sistemas inglês e americano federal¹⁴ justifica-se pela diferença.

Ao contrário de Portugal que se inclui na família romano-germânica, a Inglaterra e os Estados Unidos da América, cujos sistemas jurídicos se enquadram na *common law*, não se alicerçaram na codificação e conferem à jurisprudência o papel de fonte de direito, através da regra de que as decisões dos tribunais são vinculativas quanto à razão de decidir para futuras situações idênticas – regra do precedente vinculativo¹⁵.

Para o nosso trabalho, a relevância do precedente é a de criação do direito em simultâneo com a apreciação e decisão do litígio, a criação da regra pelo tribunal em contacto direto com a realidade. Perante este primado da jurisprudência, procuraremos o processo tendente à resolução dos conflitos com estas características de proximidade e adaptação à dinâmica da vida.

¹¹ José Lebre de Freitas, *A Ação Declarativa Comum À Luz do Código Revisto*, 2010, p. 17,18.

¹² José Lebre de Freitas, *A Ação Declarativa Comum À Luz do Código Revisto*, 2010, p. 23.

¹³ Publicada no Diário da República, 1ª Série, nº 121, de 26 de Junho de 2013.

¹⁴ Os Estados Unidos da América organizam-se como república federal desde a Constituição de 1787 e mantêm uma sobreposição de sistemas judiciais: os estaduais e o federal. Enquanto os sistemas estaduais comportam formas independentes e diversas de organização do processo para resolução de litígios entre privados, o sistema federal beneficiou da criação de regras de uniformização em 1938, as designadas *Federal Rules of Civil Procedure* pelas quais se rege o processo civil federal americano. Carlos Ferreira de Almeida *Introdução ao Direito Comparado*, 1998, p. 113-117; João de Castro Mendes, *Direito Processual Civil*, 1980, Volume I, p. 29.

¹⁵ Dário Moura Vicente, *Direito Comparado, Introdução e Parte Geral*, 2011, Volume I, p. 273.

Após apreciação do quadro geral da tramitação processual civil nos dois ordenamentos estrangeiros escolhidos, vamos centrar a nossa atenção nos atos praticados na fase intermédia do processo declarativo português na forma ordinária, a fase de saneamento e condensação.

Nesta fase o juiz toma a iniciativa e a direção do processo e, para além de decidir o que já reúna as condições para tanto, em colaboração com as partes, verifica a regularidade da instância, convida à correção das deficiências possível e, havendo o processo de continuar, são definidas as questões a debater, é preparada a prova e agendada a audiência de discussão e julgamento.

A atual reforma do processo civil português, consubstanciada na Lei 41/2013, de 26.06, toca de perto a fase de saneamento e condensação. O sentido tomado é de valorização do papel ativo e dirigente do juiz em respeito pela igualdade substancial dos intervenientes na ação, de reforço do primado do conteúdo sobre a forma e de reafirmação da vantagem de uma audiência prévia. A oralidade será o veículo preferencial do debate para esclarecimento dos pontos controvertidos, superação das insuficiências ou imprecisões dos factos alegados, identificação do objeto do litígio, enunciação dos temas da prova e programação dos atos da audiência final.

Já numa tentativa de proximidade à fase de saneamento no processo civil português, o nosso estudo foi orientado para o sistema inglês e para o americano. No que toca ao primeiro, pela experiência relativamente recente de um código de processo civil, *CPR – Civil Procedure Rules*, em vigor desde 26 de abril de 1999¹⁶, que apresenta objetivos processuais através de uma cláusula aberta, *Rule 1.1* e confere amplos poderes de gestão aos tribunais num compromisso entre flexibilidade, ativismo e eficiência. No que toca ao norte-americano, pela manutenção do tribunal de júri nas causas cíveis, numa entrega da decisão a estranhos ao processo que pode comportar, ou não, a existência de fórmulas de organização processual diversas mas de longa experimentação e riqueza.

Descrever o quando e como dos atos de saneamento e condensação e com base nestes procurar o respetivo conteúdo nos processos inglês e dos Estados Unidos da América, atenta a diversidade assinalada, numa ponderação comparativa que pretendemos seja esclarecedora da eficiência dos atos praticados para saneamento e condensação do processo, é o objeto final deste trabalho.

Este objetivo não está limitado à perspetiva de comparação com o processo civil inglês e americano. Outros alunos do presente mestrado elaboraram trabalhos subordinados ao

¹⁶ Não obstante a designação assumida de código de processo, há uma distinção entre processo, no sentido de como o sistema judicial atua e a prática, orientada por princípios para a resolução de problemas processuais. A *Rule 1.1*, não diz que as CPR constituem uma codificação a ser adotada pelos tribunais para a prolação das decisões.

“Rule 1.1(1) specifically refers to the CPR as being a ‘procedural’ code. However, there is a clear distinction between procedure (or how the court system operates) and practice (the principles applied when dealing with procedural problems). Rule 1.1(1) does not say, perhaps deliberately, that the CPR are to be regarded as being a new codification of the practice to be adopted by the courts when making procedural decisions. Nor does r. 1.1 override existing rules of evidence.” Maurice Kay, *Blackstone’s Civil Practice The Commentary*, 2012, p. 42.

mesmo tema mas orientados noutras direções. Com eles vamos procurar conhecer e aprender com a experiência processual de outros países do mundo.

De todo o conjunto pretendemos que resulte uma melhor compreensão das funções e utilidade da fase de saneamento e condensação do processo civil português.

I – SANEAMENTO E CONDENSAÇÃO NO PROCESSO CIVIL DECLARATIVO PORTUGUÊS

1. Introdução

O documento intitulado “Linhas orientadoras da nova legislação processual civil”, ao anunciar os termos da revisão de 1995/1996 do Código de Processo Civil Português¹⁷, começa por indicar o caminho de mudança no sentido do “...desenvolvimento, concretização e densificação...” do princípio fundamental do acesso à justiça consagrado no artigo 20º da Constituição da República Portuguesa.

Em sintonia com o artigo 6º nº 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem que dita que “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei...”, o artigo 20º nº 4 da Constituição da República Portuguesa dispõe que “todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo”.

O processo civil está assim subordinado ao princípio constitucional do processo equitativo e é neste enquadramento que deve ser interpretado e aplicado. Perante um julgador independente e imparcial, a que todos devem ter acesso, as regras processuais têm que assegurar a igualdade das partes, a comparência pessoal, a licitude da prova, a fundamentação da decisão e a publicidade da ação¹⁸⁻¹⁹⁻²⁰.

Para tanto e para além do processo civil português, os modelos processuais subordinados aos mesmos princípios organizam-se em torno de uma distribuição de funções pelos sujeitos processuais, criando estruturas tipo que a doutrina tem classificado em dois grandes grupos, consoante a preponderância na atribuição de funções caiba às partes ou ao juiz. Respetivamente modelo adversarial ou liberal e modelo inquisitorial²¹⁻²².

¹⁷ Pereira Batista, *et al* “Linhas Orientadoras da Nova Legislação Processual Civil” in *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, 1992, n. 4, p. 37.

¹⁸ José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais*, 2009, p. 85 e segs.

¹⁹ Há uma distinção fundamental entre “norma princípio” e “norma regra”. Os princípios são mais amplos e abrangentes do que as regras e refletem o que é mais importante para o direito. Dada a sua amplitude não se esgotam no texto e são capazes de dar origem a outras normas. Os princípios fornecem critérios de orientação e cumprem-se por otimização, quando deles tiramos o maior número de consequências possível. Maria Lúcia Amaral, *A Forma da República – Uma introdução ao estudo do direito constitucional*, 2005, p. 105-107.

²⁰ Manuel Atienza faz referência à relação entre aplicação de regras e subsunção, bem como à perceção dos princípios como mandados de otimização que podem ser cumpridos em diversas medidas, pelo que a sua forma de aplicação está relacionada com juízos de ponderação. Manuel Atienza, *As Razões do Direito, Teorias da Argumentação Jurídica*, 2006, p. 181.

²¹ Fredie Didier Jr., *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, 2012, p. 42, 43.

²² Esta terminologia, ao nível do direito comparado, tem vindo a ser objeto de crítica no sentido de que não só as categorias adversarial/inquisitorial são imperfeitas, como também porque o processo civil de dois países da mesma categoria pode conter muitas diferenças entre si. Cfr. Oscar G. Chase, *et al Civil Litigation in Comparative Context*, 2007, p.3.

A predominância do papel das partes encontra eco no princípio do dispositivo, a supremacia do papel do juiz traduz-se no princípio do inquisitório²³.

O CPC confere relevância a estes dois princípios nos seus artigos 264º (dispositivo) e 265º (inquisitório). O princípio do dispositivo nas vertentes de disponibilidade da tutela jurisdicional e da controvérsia²⁴, o princípio do inquisitório com a atribuição de iniciativa ao juiz no campo da instrução do processo para apuramento da verdade e justa composição do litígio (art. 265 nº 3 CPC).

É importante referir que esta verdade não é um valor absoluto²⁵. A relevância que as partes, responsáveis pelo material fáctico da causa e o juiz concedem aos factos, está viciada pela solução de direito que pressupõem. A atividade do juiz é no sentido de apurar com a maior proximidade possível a realidade extraprocessual²⁶, o que será a verdade no processo com base na qual o juiz decidirá.

O princípio do inquisitório no âmbito da prova foi reforçado na revisão do código de 1995/1996, (iniciativa do depoimento de parte art. 552º nº 1 CPC e dever de ordenar o depoimento testemunhal, art. 645º CPC)²⁷, a par de uma atribuição ao juiz da relevante função de direção do processo, nos seus aspetos técnico e formal.

O poder de direção resulta do art. 265º nºs 1 e 2 CPC e incide sobre a laboração ou dinâmica do processo, cabendo ao juiz providenciar e garantir o seu regular, ágil e célere andamento. Para tanto deve promover as diligências adequadas a colmatar a falta de pressupostos processuais sanáveis²⁸, ou convidar as partes a praticar os atos necessários a essa mesma regularização quando se trate de modificação subjetiva da instância.

Por sua vez, o princípio da cooperação consta do art. 266º nº 1 CPC, cujo texto, focando-se no papel desempenhado pelos vários intervenientes processuais, estabelece para todos e cada um deles o dever de cooperarem entre si para se atingir o fim do processo, quanto ao tempo e ao modo, respetivamente, obter com brevidade e eficácia a justa composição do litígio.

Ainda no que respeita ao princípio da cooperação, encontramos doutrina que clarifica o sentido deste princípio em paralelo com o princípio da boa-fé e o considera extensivo à

²³ Sobre as conotações do termo “inquisitório” ver Michele Taruffo, “Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa” in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2006, nº 2, p. 452.

²⁴ José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais*, 2009, p. 137.

²⁵ Mariana França Gouveia, “Os poderes do juiz cível na acção declarativa” in *Julgar*, 2007, n. 1, p. 61, 62.

²⁶ Mariana França Gouveia, “Os poderes do juiz cível na acção declarativa” in *Julgar*, 2007, n. 1, p. 62.

²⁷ José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais*, 2009, p. 154

²⁸ Os pressupostos processuais representam as condições tidas por indispensáveis para a apresentação de uma ação em tribunal, seja no objetivo da defesa dos interesses do tribunal, se referentes à competência, seja na prossecução dos interesses das próprias partes, se referentes à personalidade, à capacidade e representação, ao patrocínio, à legitimidade e ao interesse processual. Também quanto ao objeto se configuram os pressupostos da existência e de não verificação de litispendência ou de caso julgado. Miguel Teixeira de Sousa, *Introdução ao processo civil*, 1993, p. 71 e segs.

secretaria e a estranhos ao processo, apontando-o como regra de conduta para a descoberta da verdade material²⁹. Em resumo, a cooperação deve ser realizada de boa-fé tendo em atenção o disposto no art. 266º-A CPC e o incumprimento do preceituado é suscetível da aplicação da pena de multa [art. 456º n.ºs. 1 e 2 c) CPC].

O princípio da cooperação não é um fim em si mesmo, é um meio. Impõe dinamismo, uma direção ativa ao juiz e uma atuação em respeito pela posição contrária às partes. A todos exige uma conduta colaborante para se chegar a uma rápida, eficaz e justa composição do litígio.

No que respeita à cooperação das partes, não se trata de uma construção do espírito romântico do séc. XIX nem a parceria tem necessariamente que ser aniquiladora dos interesses divergentes. Na linguagem comum a expressão contém uma ideia de cordialidade que não está em causa no processo, mas também nada nos diz que a oposição de interesses se resolve preferencialmente com manobras adversas entre os seus protagonistas ou de costas voltadas. Não se pede às partes que abdicuem dos seus propósitos, mas que aceitem que estão em igualdade de posições e que no séc. XXI as regras da civilidade são o único modo admissível e racional de resolução do conflito. O esgrimir da prova e dos argumentos com utilização do fator surpresa ou com exploração do desconhecimento da contraparte, pode ser pontualmente rentável, mas não parece adequado à composição justa e digna de um litígio perante um órgão jurisdicional.

No processo inglês e no americano as partes têm acesso antecipado às provas da contraparte. Há a preocupação de evitar surpresas e não é por isso que as partes deixam de defender ou ficam prejudicadas nas suas posições. Pelo contrário, com esta cooperação podem ganhar em tempo e em informação.

A cooperação enquanto princípio processual concretizado no CPC impõe um modo de atuação e responsabiliza os sujeitos processuais pelo resultado³⁰.

No segmento da cooperação entre as partes o princípio encontra tradução no dever de boa-fé processual [arts. 266º-A, 456º n.º 1 e n.º 2 alínea c) e 457º CPC], bem como a sua falta pode levar à livre apreciação da conduta para efeitos de prova e ainda à inversão do respetivo ónus em caso de conduta culposa que torne impossível a prova à parte contrária (art. 519º do CPC e art. 344º n.º 2 Código Civil).

No segmento da cooperação do tribunal para com as partes este desdobra-se, por sua vez, em outros quatro deveres: dever de esclarecimento, no sentido de o juiz dever apurar, em caso de dúvida, a posição efetivamente assumida pela parte, art. 266º n.º 2 CPC; dever de prevenção, com o objetivo de advertir as partes sobre irregularidades ou insuficiências das suas posições, art. 508º, n.º 1 alínea b), n.º 2 e n.º 3 e art. 508º-A n.º 1 alínea c) CPC; dever de consulta, com o objetivo de o juiz antecipadamente ouvir as partes sobre matéria que não foi objeto da respetiva pronúncia, onde se enquadra, como corolário do princípio do contraditório, a condenação de decisões surpresa, art. 3º n.º 3 CPC; e o dever de auxílio, no

²⁹ J. P. Remédio Marques, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 2007, p. 155,156.

³⁰ Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o novo processo civil*, 1997, p. 62.

sentido de serem ultrapassados os obstáculos e as dificuldades sérias à conformação da posição das partes, art. 266º nº 4 CPC³¹.

Há ainda um importante corolário do poder de direção do processo que consta de princípio autónomo, o da adequação formal consagrado no art. 265º-A CPC. Quer este significar que se a fórmula de tramitação processual prevista na lei não servir às características específicas do litígio, o juiz deve proceder à adequação praticando os atos que nesse sentido se justifiquem. Este princípio de atuação do juiz traz maleabilidade ao processo e altera a rigidez do princípio da legalidade das formas processuais, em paralelo com os atos individuais, art. 138º nº 1 CPC³². E parece ser o que faz sentido com uma gestão ativa do processo. Dirigir o que está rigorosamente predeterminado ou é mera aparência ou perda de tempo.

Na conceção da revisão de 1995/1996, sob o objetivo primordial de servir o direito de acesso à justiça através do processo equitativo, à combinação dos princípios do dispositivo, inquisitório, cooperação e adequação formal, junta-se um propósito de ativismo judiciário na direção do processo. O fim é a “...obtenção de uma decisão de mérito, que opere a justa e definitiva composição do litígio...”.³³

Neste quadro, vejamos onde e como fica a fase de saneamento e condensação do processo.

2. Saneamento e condensação

O processo comum de declaração na forma ordinária é o modelo mais abrangente e exemplificativo da forma do processo civil português, pelo que nele vamos centrar a nossa análise.

Em função dos atos predominantes em cada momento do processo, a respetiva tramitação apresenta quatro fases: articulados; saneamento e condensação; instrução; e discussão e julgamento.

A fase de saneamento situa-se num momento intermédio da marcha processual, após a apresentação dos articulados pelas partes e antes do início da produção de prova. Nela se faz uma gestão dos elementos até aí recolhidos com vista à sua organização para as fases seguintes, ou, encontrando-se reunida toda a matéria necessária, resolvendo-se em definitivo as questões possíveis, total ou parcialmente.

A atual configuração da fase de saneamento resulta fundamentalmente das transformações operadas pela denominada revisão do código de 1995/1996, numa perspetiva que entendemos como de mudança da filosofia do sistema. O ativismo resultante da direção do processo e a relevância da cooperação conferem ao juiz e às partes posições de conteúdo diverso das que possuíam antes da revisão. Desde logo mais comprometidas com o mérito da causa e com a busca de maior proximidade entre a realidade extra e intraprocessual. E como

³¹ Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o novo processo civil*, 1997, p. 65-67.

³² José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais*, 2009, p. 157.

³³ Pereira Batista, *et al* “Linhas Orientadoras da Nova Legislação Processual Civil” in *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, 1992, n. 4, p. 37.

veremos, a concessão da audiência preliminar e inerente ênfase da oralidade também contribuem para esta mudança. Paralelamente, esta nova perspetiva não se insere facilmente no Código de Processo Civil de 1939³⁴, antes também significativamente revisto em 1961 e em 1985, baseado na forma escrita e preclusiva³⁵.

Mas é deste modo que pensamos esta fase do processo. Uma nova direção, de gestão ativa do juiz, pautada pela colaboração, no objetivo de se chegar a uma eficiente resolução do conflito.

É assim que fora casos menos comuns, designadamente quando a citação depende de prévio despacho judicial nos termos do art. 234º nº 4 CPC, é na fase de saneamento que o juiz intervém pela primeira vez na ação e toma contacto com os seus termos e partes.

Neste primeiro contacto o juiz procede à análise dos elementos constantes do processo e vai verificar a regularidade ou suficiência da matéria que lhe é presente, não descurando a sua própria perspetiva. O juiz terá então que ponderar o caminho a seguir. Decidir de imediato, total ou parcialmente, se estiverem reunidos os necessários pressupostos, ou não estando, dar continuidade ao processo para viabilização de uma decisão, procedendo à organização dos momentos subsequentes.

Para tanto estão concebidos os seguintes atos: despacho pré-saneador; audiência preliminar; despacho saneador autónomo; seleção dos factos assentes e dos que constituem a base instrutória.

A reforma constante da Lei 41/2013 de 26.06 altera o enquadramento e a designação de alguns destes atos. Nomeadamente: (i) utiliza a expressão “Gestão inicial do processo” como epígrafe do artigo onde prevê o despacho pré-saneador; (ii) passa a designar por prévia a audiência preliminar; (iii) abandona a terminologia factos assentes e base instrutória e passa a referir “... despacho destinado a identificar o objeto do litígio e a enunciar os temas de prova”.

Mais cabe notar que a Lei 41/2013 (art. 590º nº 1) vem colocar sob a gestão inicial do processo a figura do indeferimento da petição por manifesta improcedência do pedido, ou por existência de exceções dilatórias insupríveis de conhecimento oficioso, admitindo que dentro de prazo certo o Autor apresente nova petição que substitua a primeira. No entanto faz coincidir o ato com a apresentação a despacho liminar, ou seja, em momento anterior à citação e não após os articulados, na fase de saneamento onde nos situamos. Com esta configuração o ato já consta da atual redação do CPC (art. 234º-A nº 1), mas a Lei 41/2013 inova ao prever o despacho liminar por iniciativa do juiz, com as inerentes vantagens em termos de gestão do processo.

Para além do que fica dito a Lei 41/2013 introduz modificações a que faremos menção no lugar próprio de análise de cada um dos atos. Por agora interessa reter que nos termos da

³⁴ Carlos Lopes do Rego, “Os Princípios Orientadores da Reforma do Processo Civil em Curso: o Modelo da Acção Declarativa” in *Julgar*, 2012, n. 16, p. 99

³⁵ António Santos Abrantes Geraldès, *Temas da Reforma do Processo Civil*, 2010, II Volume, p. 22.

reforma de 2013 a fase intermédia do processo mantém as finalidades acima indicadas, ou seja, análise da regularidade e suficiência dos elementos da ação, elaboração de decisão sobre o que reúna os requisitos a tanto necessários e, em caso de continuidade, preparação dos termos subsequentes do processo.

2.1 Despacho pré-saneador

Depois de analisada a posição das partes através do que consta dos articulados, o juiz, no exercício do poder de direção, deve verificar se estão reunidas as condições necessárias para o regular desenvolvimento da marcha do processo no sentido da decisão de mérito.

Se da análise resultar a existência de entraves ao normal andamento do processo suscetíveis de serem ultrapassados, quer ao nível da instância quer ao nível dos articulados, o juiz deve agir nos sentidos possíveis apontados pelo art. 508º CPC: sanação das exceções dilatórias³⁶, [art. 508º nº 1 alínea a)] e formulação de convite às partes para que aperfeiçoem os seus articulados, o que abrange a supressão de irregularidades dos articulados ou de elementos que os devem integrar e a supressão de deficiências ou imprecisões quanto à matéria de facto alegada, [art. 508º nº 1 alínea b), nº 2 e nº 3].

A Lei 41/2013 de 26.06 autonomiza como função do despacho pré-saneador a determinação de junção de documento relevante para apreciação de exceções dilatórias ou do mérito da causa no despacho saneador.

O CPC prevê expressamente a possibilidade de regularização da falta de determinados pressupostos processuais e como saná-la. Estão neste caso, entre outros, a personalidade judiciária, art. 8º, a incapacidade judiciária, art. 23º, a falta de constituição de advogado, art. 33º e a falta, irregularidade ou vício do mandato, art. 40º.

Para além destas normas específicas, a regra geral do art. 265º nº 2 abarca todos os pressupostos suscetíveis de sanação, recuperando-se o processado no sentido da viabilização da decisão de mérito.

O suprimento da falta de pressupostos processuais é um dos segmentos do poder de direção do juiz expressamente previsto naquele art. 265º nº 2 CPC e como tal para lá remete o art. 508º nº1 alínea a) CPC. O suprimento poderá ter lugar oficiosamente ou, respeitando a elementos compreendidos na disponibilidade das partes, o juiz deve convidá-las ao preenchimento do pressuposto em falta, o que é exemplo da confluência do poder de direção com o princípio do dispositivo.

O convite ao aperfeiçoamento dos articulados, nos termos do art. 508º nº 1 alínea b) abarca, como já referimos, duas situações, identificadas nos números 2 e 3 do mesmo artigo.

³⁶ As exceções dilatórias envolvem na sua maioria a violação de normas do processo e também são identificadas como exceções processuais. Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil Anotado*, 1950, Volume III, p. 80.

A primeira traduz-se na irregularidade dos articulados por falta de requisitos legais ou por falta de documento essencial à continuidade da ação ou à prova de elemento que a integra, como por exemplo, respetivamente, a ausência de assinatura do articulado, a falta de apresentação do comprovativo de registo predial de uma ação sobre direitos reais e a ausência de apresentação da certidão de nascimento numa ação de impugnação da paternidade [art. 508º nº 1 alínea b) e nº 2].

Detetados estes entraves a um desenvolvimento rentável do processo, em cumprimento do dever de direção com vista à sua eficácia e eficiência, o juiz deve proferir despacho convidando as partes à regularização dos elementos imperfeitos ou em falta.

Se a parte visada responder ao convite que lhe é dirigido, o processo segue a sua normal tramitação, nada impedindo que no despacho saneador venham a ser apreciadas exceções dilatórias. O despacho de convite ao aperfeiçoamento não faz caso julgado quanto à inexistência de exceções dilatórias³⁷.

Não estão previstas consequências específicas para a ausência de resposta ao convite formulado. Se a parte nada fizer no prazo para tanto concedido, a reação do tribunal vai divergir consoante respeite ao autor ou ao réu, a irregularidade em si e o articulado em causa. Nos exemplos acima indicados, para a falta de assinatura do articulado o mesmo deve ser rejeitado por nulidade [art. 474º alínea g) CPC], se não for feita a prova do registo predial há lugar à suspensão da instância [art. 3º nº 1 alínea a) e art. 8º-A nº 1 alínea b) do CRPre] se a falta for do autor e absolvição da instância se for do reconvinte (art. 501º nº 3 CPC), se não for feita prova do registo de nascimento através da certidão a consequência será a improcedência da ação³⁸.

Nesta última hipótese Miguel Teixeira de Sousa refere a possibilidade de conhecimento imediato do mérito da causa, ainda no despacho pré-saneador, se estiver preenchida a previsão do art. 508º-B nº 1 alínea b) CPC, ou seja, se por manifesta simplicidade da apreciação do mérito a audiência preliminar também possa ser dispensável³⁹.

Ainda de acordo com este autor a rejeição dos articulados por insuficiências formais pode ser apreciada sem restrições no despacho pré-saneador e tratando-se da petição inicial é determinada a extinção da instância⁴⁰.

É neste sentido que a Lei 41/2013 de 26.06, no art. 590º nº 1, consagra a solução a que já fizemos referência de despacho liminar de indeferimento da petição, acrescido da possibilidade de apresentação de nova petição corrigida no prazo de 10 dias que substituirá a primeira para todos os efeitos.

Criam-se assim na gestão inicial do processo duas formas de pronúncia sobre exceções dilatórias: o indeferimento da petição perante exceções insupríveis; a determinação da

³⁷ Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o novo processo civil*, 1997, p. 303

³⁸ Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o novo processo civil*, 1997, p. 303.

³⁹ Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o novo processo civil*, 1997, p. 303.

⁴⁰ Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o novo processo civil*, 1997, p. 304.

realização dos atos necessários à regularização da instância, ou o convite às partes para que os pratiquem, quanto às supérveis.

No âmbito da atual redação do CPC, para Lebre de Freitas, fora a determinação de suspensão da instância que deve ser proferida na sequência imediata da verificação do registo em falta, todas as outras resoluções devem vir a ser tomadas no despacho saneador⁴¹.

O despacho de convite ao aperfeiçoamento proferido no campo de ação do art. 508º nº 1 alínea b) e nº 2 é vinculado⁴², por força do princípio da cooperação na vertente do dever de prevenção e a sua falta dá origem a nulidade conforme art. 201º CPC, mas já o contrário não se verifica. Ou seja, se proferido, não pode ser objeto de recurso, nos termos do art. 508º nº 6 do CPC, dada a sua natureza provisória.

A segunda variante de convite ao aperfeiçoamento dos articulados resulta do art. 508º nº 1 alínea b) e nº 3 CPC, onde se lê que pode ainda o juiz proferir despacho no sentido de convidar as partes a aperfeiçoar os articulados, suprimindo “... as insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de facto alegada, fixando prazo para a apresentação de articulado em que se complete ou corrija o inicialmente produzido.”

Sendo o princípio do dispositivo basilar da conceção do processo, cabendo às partes delimitar os sujeitos e o objeto do litígio, importa compreender o sentido desta incursão do juiz na matéria de facto alegada.

Resulta do art. 264º nº 1 CPC que cabe às partes alegar os factos que constituem a causa de pedir ou as exceções e do nº 2 do mesmo preceito que o juiz, fora os casos de factos do conhecimento geral ou por via do exercício das suas funções e que constituam prática de ato simulado, só pode fundar a decisão nos factos alegados pelas partes e na consideração, mesmo oficiosa, dos factos instrumentais que resultem da instrução e discussão da causa. E o art. 264º nº 3 indica ainda que podem ser considerados na decisão os factos essenciais complementares de outros já alegados e que resultem da instrução e discussão da causa, desde que a parte interessada manifeste vontade de deles se aproveitar e tenha sido facultado o exercício do contraditório.

Por outro lado o art. 664º CPC, precisamente sob a epígrafe “Relação entre a actividade das partes e a do juiz”, numa perspectiva dinâmica que é a que agora nos interessa, indica que sem prejuízo das anteriores referências do art. 264º, o juiz só pode fundar-se nos factos articulados pelas partes mas a ele compete interpretar e aplicar o direito sem limitações. Isto no momento da elaboração da sentença.

Voltemos então ao despacho pré-saneador, à delimitação do âmbito e organização do processo para recolha da prova tendente àquela decisão.

⁴¹ José Lebre de Freitas, *A Acção Declarativa Comum À Luz do Código Revisto*, 2010, p. 143.

⁴² António Montalvão Machado, Paulo Pimenta, *O Novo Processo Civil*, 2010, p. 210; António Santos Abrantes Gerales, *Temas da Reforma do Processo Civil*, 2010, II Volume, p. 69; José Lebre de Freitas, *A Acção Declarativa Comum À Luz do Código Revisto*, 2010, p. 141; J. P. Remédio Marques, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 2007, p. 339.

Ao abrir a possibilidade de «aperfeiçoamento» dos articulados por sugestão do tribunal, o art. 508º nº 3 parece levar o juiz a convidar quem dispõe do direito a reformular a sua própria história, o que não é coerente com a disponibilidade das partes sobre o objeto do processo nem com a busca de proximidade à realidade extra processual. Se são as partes que conhecem e dispõem dos factos, a intervenção do juiz parece invasiva e geradora de artificialismo na medida em que suscita a inserção ou a concretização de matéria que desconhece. Nem se pode procurar uma justificação, ainda que errada, numa ascendência da figura do juiz, porque esta não está consagrada na arquitetura atual do código e é incompatível com os princípios que gerem toda a organização do sistema jurídico e constitucional⁴³⁻⁴⁴. Para que este comportamento faça sentido, o juiz tem que ter algum ponto de referência na estrutura das partes.

A resposta está para nós na dificuldade gerada pelo método de trabalho adotado. Na necessidade do julgador (e o mesmo se diga quanto às partes) de reunir na ação os elementos que permitam preencher a norma ou normas previstas como adequadas à solução do conflito. Porque os factos que são carreados para a ação pelas partes também são os que constam das normas, estas a aplicar pelo julgador⁴⁵. O método é assim uma adaptação da realidade à solução legal possível, ou uma escolha dos factos em função da previsão legal onde necessariamente intervêm as partes e o juiz.

Mariana França Gouveia levanta a questão do erro metodológico que constitui a convicção de que matéria de facto e de direito são categorias estanques e peças unas que se encaixam através da simples subsunção dos factos na norma.⁴⁶

Desde logo porque os factos fazem parte da previsão das normas e a norma pressupõe os factos.

A matéria de facto que as partes trazem à ação já está pensada em função da norma ou normas que elegeram como horizonte de resolução do seu problema, as normas ou norma pensada pelo juiz e/ou alegada pela parte é um dos critérios que aquele vai utilizar para aferir a suficiência ou insuficiência dos factos constantes dos articulados. E se só as partes trazem os factos, só o juiz dita direito. É o que indicam os referidos preceitos 264º e 664º CPC.

A revisão de 1995/1996 veio consagrar a interpretação dos arts. 467, nº 1 alínea d) e 488º CPC no sentido de facultarem ao autor e ao réu um ónus de fundamentação de direito, respetivamente, da ação e da defesa. Mas a sua ausência, ao contrário do que sucede com a

⁴³ Em Portugal, mesmo sob a vigência do regime político autoritário que vigorou entre 1926 e 1974, o poder judicial usou de descrição, designadamente como meio de sobrevivência. À exceção das questões laborais e dos crimes políticos entregues a tribunais especiais, o poder político manteve a magistratura intocada. Esta, escudada na imparcialidade perante os litígios, garantiu a sua transição para a democracia. Boaventura de Sousa Santos *et al*, *Os tribunais nas sociedades contemporâneas – O caso português*, 1996, p. 36, 37.

⁴⁴ Wladimir Brito, “O Poder Judicial”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2004, Vol. LXXX, p. 236-239.

⁴⁵ Sobre a distinção entre a “questão de facto” e a “questão de direito” cfr. Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução de José de Sousa e Brito e José António Veloso, 1978, p. 295-307.

⁴⁶ Mariana França Gouveia *A causa de pedir na acção declarativa*, 2004, p. 383.

falta de fundamentação de facto que gera a ineptidão da petição inicial (art. 193º CPC), não inquina as peças processuais e não obsta a que o juiz aplique a norma por si escolhida⁴⁷. A vantagem está ao nível da proibição de *decisão-surpresa*, obrigando o tribunal a ouvir antecipadamente as partes perante questão de direito nova que queira colocar, art. 3º nº 3 CPC⁴⁸. E repare-se, o não exercício do ónus de alegar de direito também pode originar despacho pré-saneador a convidar a parte a suprir a sua falta⁴⁹.

Chegados ao fim da fase dos articulados (das partes) e em momento de organização do processo e da prova o juiz, para agir no sentido de se obter com brevidade e eficácia a justa composição do litígio, porque é essa a sua função em termos de direcção do processo e cooperação com as partes, tendo em conta que só pode fazer uso na decisão dos factos carreados por estas, deve procurar reunir toda a matéria que seja suscetível de levar a uma resolução definitiva da questão. E os caminhos podem ser vários. Quanto maior for o leque de informação recolhida maior é a probabilidade de se chegar a uma solução. Mas veja-se, seja qual for esta decisão de direito, os factos que a vão suportar só podem ser os trazidos pelas partes e, dentro destes, considerando-se como principais os que as partes assim também entenderam. Logo na exposição inicial dos seus articulados ou na sequência de convite ao aperfeiçoamento para tanto formulado pelo juiz nos termos do art. 508º nº 3 CPC.

Esta recolha de matéria-prima, sabido que não vem em bruto porque já foi selecionada para os articulados, pode mesmo completar-se até ao encerramento da discussão nos termos do disposto pelo art. 650º nº 1 alínea f) que prescreve como poderes do Presidente “Providenciar até ao encerramento da discussão pela ampliação da base instrutória da causa, nos termos do disposto no artigo 264º”.

Temos assim dois pontos de encontro entre o dispositivo e o poder de direcção do juiz. A vertente indissociável entre facto e direito e a necessária confluência dos dois mundos para a eficácia do processo. Sintetizando, o art. 508º nº 3 aponta para uma gestão eficiente com vista à otimização do resultado, a justa composição do litígio, em respeito pelos princípios fundamentais do dispositivo e do contraditório no exercício do poder de direcção do processo.

Nas “Linhas Orientadoras da Nova Legislação Processual Civil”, sob o título “Articulação dos princípios dispositivo e inquisitório” pode ler-se: “4.3.a) - ... o juiz apenas deve poder fundar a decisão nos factos alegados pelas partes, espontaneamente ou na sequência de convite por ele formulado (visando, nomeadamente, o «aperfeiçoamento» dos articulados inicialmente apresentados), bem como nos factos instrumentais que, por indagação oficiosa, lhes sirvam de base.”; e sob nº 4.3.b) consta que “Com vista a permitir, em situações limite, uma maior aproximação à verdade material, deverá consagrar-se o dever de o juiz considerar na decisão factos essenciais à procedência da pretensão formulada pelo autor ou da excepção ou reconvenção deduzidas pelo réu que, embora insuficientemente ou incompletamente alegados pela parte interessada (complemento de uma *causa petendi* complexa, concretização de conceitos de direito, etc.), resultem da instrução e discussão da causa, desde que aquela

⁴⁷ José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais*, 2009, p. 117, nota 26.

⁴⁸ José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais*, 2009, p. 118.

⁴⁹ José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais*, 2009, p. 118.

manifeste intenção de os aproveitar, e à parte contrária tenha sido facultada a produção, em prazo razoável, de contra-prova ou de prova do contrário.”⁵⁰

Perante a possibilidade de o despacho pré-saneador de «aperfeiçoamento» respeitar a qualquer dos articulados e perante a exigência do contraditório que veio a ficar consagrada no art. 508º nº 4 CPC, não pode ser invocado que este despacho ponha em causa a igualdade das partes. Bem pelo contrário, reforça-a, na medida em que permite alargar o campo de fundamentação de cada uma delas, em diálogo ou em ajuste de versões, na defesa da respetiva posição em condições de igualdade⁵¹.

Na continuação da análise do art. 508 CPC interessa verificar ainda o teor do respetivo nº 5, no sentido de que as alterações à matéria de facto devem ficar compreendidas nos limites do art. 273º CPC, se apresentadas pelo autor, e nos limites dos arts. 489º e 490º CPC, se apresentadas pelo réu.

Nos termos do art. 273º CPC “É permitida a modificação simultânea do pedido e da causa de pedir, desde que tal não implique convolação para relação jurídica diversa da controvertida.”

No entendimento de Mariana França Gouveia, a noção de causa de pedir para o instituto da alteração do objeto, o que aqui nos ocupa, está enquadrada pelo conjunto dos factos constitutivos da previsão da norma mas identifica-se com o facto constitutivo “...*que é comum ao objecto inicial e sucessivo*”.⁵² O que levará à elasticidade da causa de pedir, permitindo o seu enquadramento nas várias normas que tenham em comum determinado facto constitutivo, sem que haja alteração deste elemento do objeto do processo, a causa de pedir⁵³. De onde concluímos que a resposta do autor à sugestão de aperfeiçoamento tem como limite a ausência de um qualquer facto principal comum à pretensão que constava do conjunto dos seus articulados.

É importante referir que esta posição é minoritária. Não só o limite máximo que constitui a alteração simultânea do pedido e da causa de pedir tem tido fronteiras diversas no entendimento da doutrina, como é defendido, por via de uma conceção rígida da causa de pedir, que não é possível neste momento processual qualquer adaptação ou adequação da mesma. Esta última posição tem como principal argumento o de que se encontra precluída⁵⁴, após os articulados, a possibilidade de configuração de nova causa de pedir, aliado à ideia de

⁵⁰ Pereira Batista, *et al* “Linhas Orientadoras da Nova Legislação Processual Civil” in *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, 1992, n. 4, p. 40.

⁵¹ Neste sentido foi proferido pelo Tribunal Constitucional o Ac. 517/2000 de 29.11.2000.

⁵² Mariana França Gouveia *A causa de pedir na ação declarativa*, 2004, p. 306.

⁵³ Mariana França Gouveia *A causa de pedir na ação declarativa*, 2004, p. 388.

⁵⁴ O princípio da preclusão é baseado na conceção de “ciclos processuais rígidos” e incomunicáveis. Nesta conformidade, os atos que não sejam praticados no momento próprio já não podem vir a ter lugar. Manuel A. Domingues de Andrade, *Noções Elementares de Processo Civil*, 1979, p. 382.

que o despacho de aperfeiçoamento se destina tão só a “arranjar” e a “retocar” os factos alegados⁵⁵.

Antes da revisão de 1995/1996 do CPC, Castro Mendes refere a possibilidade de transformação do pedido desde que o inicial e o subsequente tenham origem comum. E esta origem comum, nas suas palavras, podem ser causas de pedir “...senão totalmente idênticas, pelo menos integradas no mesmo complexo de factos.”⁵⁶ Portanto este autor concebe a transformação simultânea do pedido e da causa de pedir desde que esta última se integre no mesmo complexo de factos da causa de pedir inicial.

Também em momento anterior à revisão 1995/1996 e contrariamente à ideia de que a lei omitia intencionalmente a possibilidade de “...alteração conjunta” do pedido e da causa de pedir, Antunes Varela defendeu não ser essa a “...boa doutrina”. A alteração simultânea seria viável se a “relação material” se mantivesse⁵⁷.

Miguel Teixeira de Sousa, igualmente antes da revisão de 1995/1996, aponta para a admissibilidade da modificação simultânea desde que se verifiquem fatores de conexão ao nível da causa de pedir e do pedido⁵⁸.

Mas considerando que a causa de pedir, para a doutrina em referência⁵⁹, consiste na fundamentação de facto do pedido, no facto concreto ou no conjunto dos factos constitutivos da situação jurídica invocada pela parte, como tal normativamente previstos e que a relação jurídica controvertida se define pelo pedido e causa de pedir ⁶⁰, é difícil configurar uma situação de alteração simultânea em que se mantenha a relação jurídica controvertida.

Ainda que possível, no tema que nos ocupa as restrições são reforçadas pela segunda vertente de argumentação assinalada, ou seja, pela invocação de que o despacho de aperfeiçoamento se destina a meros retoques ou breves aperfeiçoamentos⁶¹. Mas a tese de Mariana França Gouveia ultrapassa esta argumentação na medida em que adota uma definição de causa de pedir ampla, suscetível de abranger situações conexas sem necessidade de alteração. Por outro lado, quanto à matéria de facto a fronteira entre insuficiência, pouca concretização ou não identificação será a mais das vezes uma incógnita para o juiz antes de despoletado e prestado o esclarecimento pelas partes. Por isso o despacho de aperfeiçoamento será o instrumento adequado a trazer ao processo informação sobre a matéria dúbia, se as partes assim o entenderem e quiserem. No limite o autor pode trazer os

⁵⁵ Paulo Pimenta *A Fase do Saneamento do Processo Antes e Após a Vigência do Novo Código de Processo Civil*, 2003, p. 168, nota 370.

⁵⁶ João de Castro Mendes *Direito Processual Civil*, 1980, II Volume, p. 347.

⁵⁷ Antunes Varela, J. Miguel Bezerra, Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, 1985, p. 281.

⁵⁸ Miguel Teixeira de Sousa, *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*, 1995, p. 189.

⁵⁹ Antunes Varela, J. Miguel Bezerra, Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, 1985, p. 245; João de Castro Mendes, *Direito Processual Civil*, 1980, I Volume, p. 73; Miguel Teixeira de Sousa, *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*, 1995, p. 122, 123.

⁶⁰ João de Castro Mendes, *Direito Processual Civil*, 1980, I Volume, p. 48, 49.

⁶¹ António Montalvão Machado, Paulo Pimenta, *O Novo Processo Civil*, 2010, p. 215; António Santos Abrantes Gerales, *Temas da Reforma do Processo Civil*, 2010, II Volume, p. 79; Lebre de Freitas, *A Acção Declarativa Comum À Luz do Código Revisto*, 2010, p. 123, 124; Paulo Pimenta *A Fase do Saneamento do Processo Antes e Após a Vigência do Novo Código de Processo Civil*, 2003, p. 167, 168.

factos que considere pertinentes desde que pelo menos um facto principal seja comum à pretensão que constava do conjunto dos seus articulados.

No que respeita à posição do réu, no exercício do contraditório previsto no art. 508º nº 4, sempre poderá alegar e provar os factos que consubstanciem resposta a uma eventual diferente composição da matéria que possa surgir do aperfeiçoamento.

Perante esta amplitude, ainda que possa ser mais trabalhosa a tarefa a desenvolver de organização e prova, existem também maiores probabilidades de se viabilizar uma resolução do litígio de modo cabal e definitivo, envolvendo uma decisão abrangente de todas as vertentes do problema que foi apresentado ao tribunal. Também não existem razões para uma visão restritiva quando se fala de peças processuais, necessariamente instrumentais e não do seu resultado, quando se fala dos meios e não do fim. É inegável que a riqueza de meios a que corresponde o maior conhecimento dos factos propicia uma maior correspondência com a realidade e também, por sua vez, uma mais ampla possibilidade de justa composição do litígio. Desde que queridos, conhecidos e debatidos pelas partes, nada justifica que se ignore os factos. Bem pelo contrário, tal atitude parece conflitar com a noção de decisão correta que subjaz ao entendimento comum a quem o direito serve.

O convite do juiz para complemento dos articulados deficientes pode ter lugar, diz o CPC, nos termos dos art. 508º nº 1 alínea b) e nº 3 no âmbito do despacho pré-saneador que temos vindo a referir e por indicação do art. 508º-A nº 1 alínea c), na audiência preliminar, sem prejuízo da possibilidade de iniciativa de aperfeiçoamento das partes.

Lebre de Freitas classifica como discricionário (art. 156º nº 4 CPC) o poder do juiz de convidar ao aperfeiçoamento e entende que por esse motivo o despacho de aperfeiçoamento não é recorrível (art. 679º CPC) e a ausência da sua elaboração não constitui nulidade nos termos do art. 201º do CPC⁶².

Paulo Pimenta, depois de salientar a relevância do princípio da cooperação na orientação da revisão do código de 1995/1996 e consequente posicionamento do juiz, também pelas coordenadas do inquisitório e do poder de direção do processo, entende que a prolação do despacho pré-saneador nos termos do art. 508º nº 3 do CPC é vinculada, sob pena de incoerência do novo sistema processual civil. Para este autor o poder aí conferido ao juiz constitui um poder-dever⁶³. Conclui que sendo o despacho vinculado a respetiva omissão constituirá uma irregularidade abrangida pelo regime das nulidades do art. 201º nº 1 do CPC⁶⁴.

Miguel Teixeira de Sousa realça a responsabilização das partes e do tribunal pelos resultados do processo em função do princípio da cooperação⁶⁵ e faz menção, conforme já

⁶² José Lebre de Freitas, *A Acção Declarativa Comum À Luz do Código Revisto*, 2010, p. 134.

⁶³ Paulo Pimenta *A Fase do Saneamento do Processo Antes e Após a Vigência do Novo Código de Processo Civil*, 2003, p. 182-195

⁶⁴ Paulo Pimenta *A Fase do Saneamento do Processo Antes e Após a Vigência do Novo Código de Processo Civil*, 2003, p. 206.

⁶⁵ Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o novo processo civil*, 1997, p. 62.

aludimos, a quatro poderes-deveres resultantes para o órgão jurisdicional daquele princípio: dever de esclarecimento; dever de consulta; dever de prevenção; e dever de auxílio⁶⁶.

O conteúdo do art. 508º nº 3, bem como o do art. 508º-A nº 1 alínea c), é apontado como concretização do dever de prevenção, mas a sua abrangência é mais vasta de acordo com o entendimento de Miguel Teixeira de Sousa. Há o dever de prevenção sempre que a ação tenha potencialidades para levar à justa composição do litígio e tal finalidade se fruste por errada utilização do processo. O autor distingue quatro áreas de intervenção privilegiada do dever de prevenção: clarificação de pedidos; saltos de exposição de factos relevantes; adequação do pedido à situação concreta; e sugestão à parte de atuação em certo sentido⁶⁷.

Após a classificação que antecede, Miguel Teixeira de Sousa aborda a questão da violação do dever de cooperação, frisando a complexidade do problema pelo facto de estes deveres não terem todos os seus contornos definidos na lei, mas antes dependerem de uma ponderação do tribunal. Dá como exemplos desta última situação caber ao juiz a avaliação do grau de manifesta desnecessidade para que se consulte a parte e a circunstância de ser igualmente o tribunal a ponderar quando se verificam insuficiências na exposição dos factos constante dos articulados que justifiquem a prolação de despacho, casos em que considera estarem os deveres assentes numa prevenção aberta. No sentido inverso, quando estão especificadas as linhas dos deveres, Miguel Teixeira de Sousa fala de prevenção fechada, onde a omissão do despacho constituirá uma nulidade processual se a irregularidade puder influir no exame ou na decisão da causa (art. 201º CPC).

Fredie Didier Jr. aponta alguma incongruência a esta posição de Miguel Teixeira de Sousa no que respeita à violação do dever de cooperação e suas consequências⁶⁸. Este autor começa por indicar que Miguel Teixeira de Sousa, contrariamente à visão global que apresenta do tema, aponta para a compreensão do dever de prevenção como um dever geral. Por outro lado que na classificação de previsões fechadas e abertas Miguel Teixeira de Sousa faz coincidir as últimas com a atribuição ao tribunal de algum grau de discricionariedade, pela presença de conceitos indeterminados, concluindo que nas previsões abertas a conduta omissiva do juiz não implica a existência de nulidade processual.

Na continuidade da sua análise, contudo, Miguel Teixeira de Sousa refere “... que esta ponderação não é sinónimo de arbítrio: o tribunal, se entender que necessita de ser esclarecido ou que deve prevenir ou consultar as partes, não tem qualquer opção entre exercer ou não o dever.”⁶⁹

Continua Fredie Didier Jr.⁷⁰ que perante esta constatação não parece haver, então, “discricionariedade”. Que os conceitos indeterminados não implicam discricionariedade, sendo a consequência jurídica predeterminada pelo legislador. Preenchidos os pressupostos

⁶⁶ Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o novo processo civil*, 1997, p. 65-67.

⁶⁷ Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o novo processo civil*, 1997, p. 66.

⁶⁸ Fredie Didier Jr. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, 2010, p. 20.

⁶⁹ Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o novo processo civil*, 1997, p. 68.

⁷⁰ Fredie Didier Jr. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, 2010, p. 21, 22.

da norma ela tem que ser cumprida, não tendo o juiz opção. A discricionariedade judicial é antes possível no caso de estarmos perante uma cláusula geral, posição defendida por Fredie Didier para o princípio da cooperação e não por Miguel Teixeira de Sousa, que à exceção do dever geral de prevenção, entende a concretização do princípio por via de regras específicas, não tendo o princípio aplicação direta.

Perante o entendimento de que o art. 266º nº 1 CPC é uma cláusula geral de consagração do princípio da cooperação, ou perante o entendimento que parece ser o de Miguel Teixeira de Sousa da existência de um dever geral de prevenção, daquele subsidiário, ao juiz caberá a tarefa de criar o efeito jurídico consequente à materialização da hipótese normativa e nestes termos pode-se falar de discricionariedade⁷¹. Ainda assim, diz Fredie Didier Jr. “é possível rever uma decisão que aplica mal uma cláusula geral, quer porque a aplicou de modo irrazoável ou inadequado (decisão injusta), quer porque a aplicou sem a devida fundamentação (decisão nula). A existência de discricionariedade judicial não impede o controlo da decisão, em seus aspetos formal ou substancial.”⁷²⁻⁷³

Importante é relembrar que o exercício da discricionariedade pelo juiz não é livre em toda a sua dimensão, sendo vinculado quanto ao fim⁷⁴⁻⁷⁵. Nos termos da melhor doutrina administrativa, área por excelência de análise do conceito de poder discricionário, o que é sindicável é uma vertente vinculada do poder discricionário e não exatamente este⁷⁶. No caso concreto do art. 508º nº 1, alínea b) e nº 3 CPC, o fim de se evitar a frustração de uma possível solução de mérito por insuficiência das alegações escritas das partes.

Ainda socorrendo-nos do disposto no art. 156º nº 1 CPC, haverá irregularidade da passividade do juiz perante o preenchimento da previsão do art. 508º nº 1, alínea b). Nos termos desta norma o juiz tem o dever de administrar justiça proferindo despacho sobre as matérias pendentes. Se o juiz vem a decidir com fundamento em insuficiência ou imprecisão da descrição dos factos e não proferiu o despacho nos termos possíveis previstos no art. 508º nº 3, em simultâneo indica que considerou a existência de matéria pendente sobre a qual não despachou, não cumprindo então o dever de administrar justiça.

⁷¹ Fredie Didier Jr. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, 2010, p. 22, 23.

⁷² Fredie Didier Jr. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, 2010, p. 23.

⁷³ Miguel Teixeira de Sousa invoca a existência de jurisprudência no sentido de que a omissão de um poder discricionário gera uma nulidade secundária (TRC – 28/6/1994, BMJ 438, 567; TRE-29/09/1994, BMJ 439, 667). Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o novo processo civil*, 1997, p. 68.

⁷⁴ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, 2012, I Volume, p. 778.

⁷⁵ O estudo do poder discricionário dos juízes assume uma enorme relevância para a apreciação das divergências apresentadas entre os vários modelos em análise neste trabalho. No entanto, trata-se de tema de grande complexidade que envolve a compreensão do que está no centro da decisão, o que pela sua dimensão não é possível aqui desenvolver. Não obstante, não podemos deixar de notar a observação de António Hespanha no sentido de que o poder discricionário dos juízes, em teoria, nunca o é, porque o juiz não pode julgar apenas de acordo com a sua opinião pessoal. António Manuel Hespanha, *O Caleidoscópio do Direito – O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*, 2009, p. 151, nota 143.

⁷⁶ Diogo Freitas do Amaral, *Direito Administrativo*, 1984, II Volume, p. 309-312.

Concluimos pelo entendimento de que perante o princípio da cooperação consagrado no art. 266º CPC, uma decisão desfavorável à parte com fundamento em insuficiência ou imprecisão na exposição ou concretização da matéria de facto por ela alegada, sem que antes tenha sido proferido convite ao aperfeiçoamento, constitui omissão classificada como nulidade nos termos previstos no art. 201º CPC⁷⁷.

2.2 Audiência Preliminar

A audiência preliminar, com os contornos que lhe foram conferidos pela revisão de 1995/1996, consagra o princípio da cooperação em toda a sua amplitude.

Este momento processual, ao trazer à oralidade os argumentos das partes, em diálogo, para resolução e organização dos temas que são a sua função, a todos responsabiliza pelas respetivas tomadas de posição e de todos exige uma participação ativa e abrangente, sob pena de desequilíbrio e desigualdade entre as partes com repercussões nos termos subsequentes do processo.

No entanto, ao analisarmos as reações de juizes e advogados à audiência preliminar, descobrimos grande disparidade de opiniões e percecionamos subaproveitamento das potencialidades do ato⁷⁸.

As peças escritas, estanques e solitárias, constituem um enunciado individual. Um relato escolhido de acontecimentos, uma visão tendencial da realidade. O problema a resolver, a justa composição do litígio, abarca necessariamente elementos das posições em confronto na dinâmica do acontecimento, que se completam ou anulam reciprocamente. Pelo que o direto confronto de argumentos leva mais longe o conhecimento sobre a matéria com a qual se pretende resolver o litígio e pode revelar-se mais útil para a busca de soluções.

A audiência preliminar permite uma atitude participativa em tudo destoante do ritual opaco das peças escritas. Na configuração do código a audiência preliminar pretende que todos percebam a posição de todos no sentido da viabilização da resolução do problema que está no centro do processo. É por isso e para isso que há audiência, senão mesmo todo o processo. Para dissecar a questão na procura da melhor maneira de a resolver.

A Lei 41/2013, de 26.06, pretende aprofundar esta audiência a que chama prévia. Designadamente assume o debate como preparação para a delimitação dos termos do litígio e enunciação dos temas de prova, dando relevo à intervenção das partes no elencar destes temas, bem como prevê o debate como preparação à tomada de decisões no âmbito da adequação formal, simplificação ou agilização processual. Por outro lado prevê-se que na

⁷⁷ A Lei 41/2013 de 26.06, perante a não prolação do despacho de convite ao aperfeiçoamento quanto à matéria de facto, viabiliza o entendimento da existência de nulidade por omissão, ao instituir no art. 590º nº 4 a respetiva obrigatoriedade.

⁷⁸ Pierre Guibentif, Vanessa Franco, *Análise das entrevistas aprofundadas – Fragmentos selecionados*, 2006, documento elaborado no âmbito do Seminário Internacional sobre a Audiência Preliminar em Processo Civil, realizado no mesmo ano sob a coordenação de Mariana França Gouveia, na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

audiência prévia, após audição das partes e para além do agendamento da audiência final, seja realizada a programação dos atos a realizar na mesma. Inovação de relevo é a que consta do art. 591 nº 4 CPC, na redação conferida pela Lei 41/2013, no sentido de que a audiência prévia é gravada sempre que possível.

A audiência preliminar possui as virtualidades necessárias ao nivelamento do processo assimétrico. Através deste ato processual é facultada a todos os sujeitos processuais a possibilidade de se pronunciarem, em posição de igualdade de tratamento, desde logo sobre a sua própria perspectiva para resolução amigável do litígio, depois sobre os pressupostos processuais e o mérito da causa, bem como ainda sobre a definição dos contornos do objeto do litígio e a correção de deficiências sanáveis.

É também neste momento que caso se encontrem reunidos todos os elementos necessários, a causa pode ser decidida parcial ou totalmente na prossecução dos objetivos de celeridade e eficácia, após discussão em diálogo para cumprimento do contraditório.

Caso o processo haja de prosseguir, não menos importante é a função de organização estratégica dos momentos subsequentes, a produção de prova e a audiência final.

A audiência preliminar vem regulada no art. 508º-A CPC e as suas finalidades, principais e secundárias, correspondem, respetivamente, às alíneas dos nºs. 1 e 2 do artigo em referência quais sejam: tentativa de conciliação; discussão sobre as exceções dilatórias e o mérito; discussão para delimitação dos termos do litígio e correção de imprecisões dos articulados deficientes; prolação do despacho saneador; seleção da matéria de fato assente e da carecida de prova; indicação dos meios de prova; agendamento da audiência final; requerimento de gravação da audiência ou intervenção do coletivo.

Ainda neste ato podem ter lugar a apresentação de articulado superveniente [art. 506º nº 3 alínea a)] e o depoimento de parte (art. 556º nº 3).

Depois de realizadas as diligências determinadas pelo despacho pré-saneador ou não havendo lugar ao mesmo, a audiência preliminar é convocada para um dos 30 dias subsequentes com indicação do seu objeto e das finalidades a prosseguir dentro das elencadas no art. 508º-A CPC, mas o respetivo despacho não faz caso julgado sobre a possibilidade de apreciação imediata do mérito da causa e pode ser dispensada pelo juiz caso ocorram as situações previstas no art. 508-B.

Vejamos os objetivos a que se propõe a audiência preliminar:

2.2.1 Tentativa de conciliação

Indica o art. 509º CPC que perante direitos disponíveis em qualquer momento do processo pode ter lugar uma tentativa de conciliação, desde que as partes o requeiram conjuntamente ou o juiz a considere oportuna.

Por expressa indicação do art. 508º-A nº 1 alínea a) CPC a audiência preliminar pode ser um dos momentos adequados para a realização da tentativa de conciliação.

Perante a evolução do estudo das técnicas de mediação⁷⁹, a tentativa de conciliação pode hoje ser encarada como o procedimento através do qual o juiz procura ajudar as partes a encontrarem por si o modo de resolução do conflito, divergindo da mediação, segundo alguns autores, no importante aspeto de que nesta última não há poder de decisão do mediador em qualquer dos estádios de apreciação e resolução do problema, enquanto na conciliação o juiz possui esse poder de decidir em caso de frustração da tentativa⁸⁰.

Se o juiz chegar ao entendimento de que a mediação é o método adequado à resolução do conflito que lhe está presente, pode operar a remessa do processo, uma vez que o art.º 279º-A nº 1 veio indicar que “Em qualquer estado da causa, e sempre que o entenda conveniente, o juiz pode determinar a remessa do processo para mediação, suspendendo a instância, salvo quando alguma das partes expressamente se opuser a tal remessa”.

Perante as enormes dificuldades de comunicação que hoje se verificam na prática judiciária (elevado número de processos, indisponibilidade de tempo para conversação, expressão escrita formalizada pelos mandatários, reduzida preparação sobre o caso concreto), a tentativa de conciliação pode representar um meio apto à satisfação da resolução do litígio junto do cidadão comum, levando a uma maior proximidade ao que terá sido o pomo da discórdia. A devolução às partes da resolução do seu problema também é veículo de responsabilização e comprometimento com a solução⁸¹ gerando, sabemos que nem sempre mas apesar de tudo com maior grau de probabilidade⁸², um mais fácil cumprimento das opções tomadas. Neste contexto pensamos que as partes deviam ser sempre convocadas para a tentativa de conciliação, cabendo-lhes a elas decidir o ir ou não ir pessoalmente. Seria um incentivo à participação no processo e ao exercício da cidadania. Por esta mesma ordem de razões não concordamos com a exigência do art. 509º nº 4 do CPC. O objetivo pode ter sido o da responsabilização, mas se o que se pretende é que as partes encontrem elas próprias a resolução do problema, porque se trata de um litígio privado e da sua inteira disponibilidade, não se vê como adequada a consignação em ata dos fundamentos que justificam a persistência no litígio em caso de frustração da tentativa. Colhe a liberdade das partes, pode ser interpretado como intimação e regista um processo de intenções que nenhuma relação tem com o processo judicial.

A tentativa de conciliação com sucesso culmina vulgarmente com a transação, mas também pode terminar com a desistência da instância ou do pedido e com a confissão do pedido. Observando-se o disposto no art. 300º CPC, sob a epígrafe “Como se realiza a confissão, desistência ou transacção”, apreende-se o caminho a seguir pelo juiz quando se chegue a um daqueles meios de extinção da instância no âmbito da tentativa de conciliação. Examinar se há disponibilidade sobre o objeto e se este é idóneo, não sendo contrário à ordem pública ou ofensivo dos bons costumes nos termos do art. 280º do Código Civil e verificar pela qualidade dos intervenientes se a confissão, desistência ou transação é válida e, sendo-o,

⁷⁹ Juan Carlos Vezzulla, *Mediação – Teoria e Prática, Guia para Utilizadores e Profissionais*, 2005, p. 44-47.

⁸⁰ Joana Paixão Campos, *A Conciliação Judicial*, 2009, p. 28,29 (policopiado); Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2012, p. 90,91.

⁸¹ Joana Paixão Campos, *A Conciliação Judicial*, 2009, p. 60 (policopiado).

⁸² Zulema D. Wilde, Luís M. Gaibrois, *O que é a Mediação*, trad. de Soares Franco, 2003, p. 20.

condenar ou absolver nos precisos termos consagrados pelas partes através de sentença que assim se designa por homologatória.

2.2.2 Discussão quando cumpra apreciar exceções dilatórias ou conhecer de mérito

Um primeiro aspeto que aqui pretendemos realçar é o de nos termos do art. 508-B alínea b), a audiência preliminar poder ser dispensada quando tenha como única finalidade facultar a discussão de exceções dilatórias já invocadas nos articulados ou do mérito da causa e a sua apreciação revista manifesta simplicidade. Não será óbvia esta linha divisória da manifesta simplicidade, mas a opção pode ter justificação como meio de evitar desperdícios de tempo e de despesas, ou seja, por razões de eficiência e celeridade processual. Voltaremos ao tema.

Posto isto, se a audiência for convocada para apreciação das exceções dilatórias, numa primeira leitura do artigo, ou elas não revestem manifesta simplicidade se invocadas nos articulados, ou trata-se de exceção de que o juiz pretende tomar conhecimento oficiosamente nos termos do art. 495º CPC. Neste ponto e em decorrência do princípio do processo equitativo, do direito de ação e de defesa concebidos como direitos à discussão dos fundamentos em que a decisão se baseie, na esteira da proibição de decisões surpresa, a discussão deve ter lugar em obediência ao previsto no art. 3º nº 3 CPC.

Pode ainda justificar-se a audiência preliminar como meio de facultar resposta às exceções deduzidas no último articulado. É certo que o texto do art. 3º nº 4 CPC prevê que esta resposta possa ser concretizada na audiência final, mas será mais produtivo e esclarecedor, até para preparação e organização da produção de prova, centrar quanto antes os factos invocados pelas partes.

No campo do conhecimento imediato, no todo ou em parte, do mérito da causa, está em causa uma conceção alargada do princípio do contraditório, entendido não apenas como uma defesa, mas como direito a uma participação das partes em todas as configurações que o litígio vai assumindo ao longo da vida do processo. O princípio do contraditório passa a abranger uma vertente positiva correspondente ao direito das partes de influenciarem o desenvolvimento e o êxito da ação com repercussões ao nível da configuração do objeto, da prova e do direito a aplicar⁸³.

De acordo com Lebre de Freitas, as alegações constantes dos articulados, por si só, não satisfazem o exercício deste direito perante questão nova, ou seja, ainda não discutida. Por isso, se a intenção é decidir de mérito e esta envolve de algum modo questão nova, designadamente por via de enquadramento jurídico não suscitado nos articulados, as partes devem ser ouvidas. Mas o autor faz depender a faculdade de discussão antecipada pelas partes do cumprimento do disposto nos arts. 467º nº 1 alínea d) e 488º CPC, respetivamente, quanto ao ónus de exposição dos fundamentos de direito da ação e da defesa nos articulados.

⁸³ José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais*, 2009, p. 108-116.

A inobservância dos respetivos ónus ou a desatenção aos fundamentos tem como consequência não ser exigível facultar às partes a discussão antecipada de direito⁸⁴.

Para Miguel Teixeira de Sousa, a possibilidade de as partes se pronunciarem antes de o tribunal decidir uma questão de direito ou de facto, (art. 3º 3 CPC) encontra a sua justificação no dever de consulta decorrente do princípio da cooperação. Este autor sublinha que o dever de consulta se mantém durante toda a tramitação do processo⁸⁵.

2.2.3 Discussão para delimitação dos termos do litígio e suprimento das insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de facto

Nesta finalidade da audiência preliminar estão compreendidos os deveres de esclarecimento e de prevenção decorrentes do princípio da cooperação conforme previsto, respetivamente, nos arts. 266º nº 2 e 3 e art. 508º nº 1 alínea b) CPC, para além do próprio teor do art. 508º-A nº 1 alínea c).

O recíproco dever de esclarecimento, das partes ao tribunal e do tribunal às partes, a ter lugar em audiência preliminar, vai possibilitar uma delimitação do objeto do litígio, já que os esclarecimentos visam a “delimitação dos termos do litígio” e com ela se relacionam as imprecisões ou insuficiências na exposição da matéria de facto, subsistentes neste momento do processo ou resultantes do desenvolvimento do debate em audiência preliminar.

Façamos o exercício de nos colocarmos na posição de um cidadão comum que assiste a um debate na audiência, ouvindo os esclarecimentos. Pela troca de informação constata-se a existência de factos relevantes já existentes à data da instauração da ação que não constam do processo. A exposição da matéria de facto, ainda que artificial ou parcialmente elaborada, destina-se à reconstrução da realidade. Ora não fará qualquer sentido ignorar os elementos revelados na discussão. Só no raciocínio do jurista perante o princípio da estabilidade da instância com fundamento na segurança jurídica. Para o cidadão comum, na ótica da resolução mais abrangente e real do litígio, a desconsideração dos factos assim encontrados não parece fazer sentido e a verdade é que a decisão, se não estiver fundamentada em tudo o que permita a resolução do diferendo e o convencimento das partes, também não vai ser segura, porque dificilmente acatada por falta de legitimação perante os seus destinatários.

A possibilidade de o juiz convidar as partes ao suprimento de insuficiências ou imprecisões revela também aqui toda a sua potencialidade, para além do que poderá ter sido feito ao nível do despacho pré-saneador na sequência de imprecisões ou deficiências dos articulados (art. 508º nº 3 CPC). Após debate, corrigir as insuficiências ou imprecisões, com vista à delimitação dos termos do litígio. Para isso mesmo aponta o art. 264º nº 3 CPC, ao determinar que devem ser “...considerados na decisão os factos essenciais à procedência das pretensões formuladas ou das exceções deduzidas que sejam complemento ou concretização de outros que as partes hajam oportunamente alegado e resultem da instrução e discussão da

⁸⁴ José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais*, 2009, p. 117,118.

⁸⁵ Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o novo processo civil*, 1997, p. 66, 67.

causa, desde que a parte interessada manifeste vontade de deles se aproveitar e à parte contrária tenha sido facultado o exercício do contraditório”.

E o dispositivo não está em causa porque o objeto do processo só pode englobar a matéria relativamente à qual a parte expresse vontade de se aproveitar, seja pelo teor do art. 264º nº 3 CPC, seja pelo dos arts. 508º nº 3 ou 508º-A nº 1 alínea c) CPC. A teorização desenvolvida em torno dos deveres de esclarecimento e de prevenção ajudam a este entendimento. A cooperação não é uma imposição, mas um diálogo entre iguais que deixa margem de escolha.

Nesta perspetiva não partilhamos o entendimento⁸⁶ de que se a parte não aceder ao convite formulado pelo juiz em pré-saneador para que supra as insuficiências ou imprecisões fáticas, o juiz não deve convocar a audiência preliminar para o fim previsto no art. 508º-A nº 1 alínea c). A decisão de convocar ou não convocar a audiência sempre será casuística e importará a ponderação de muitas vicissitudes. Podem ocorrer com maior grau de probabilidade casos de desnecessidade da convocação, por tal ser inútil ou a parte pretender manter a exata exposição dos articulados. Mas muitas podem ser as hipóteses de existirem outras razões para a ausência de resposta, como impreparação do mandatário ou mesmo errado enquadramento do juiz. É certo que não se legisla para as exceções, mas se a interpretação do artigo o permite, o juiz deve casuisticamente considerar o que é mais adequado e convocar a audiência se isso demonstra maior margem de manobra para a boa solução do caso ou para a composição de um caso difícil.

Por maioria de razão, se a parte aceder ao convite do despacho pré-saneador mas não conseguir sanar em sentido útil as insuficiências ou imprecisões a que este se destinava, não vemos qualquer impedimento a que seja convocada a audiência preliminar para esse fim. É essa a função do dever de esclarecimento e a redação do art. 508-A nº 1 alínea c) a tanto não põe qualquer obstáculo. Bem pelo contrário indica que a audiência tem em vista “...suprir as insuficiências ou imprecisões na matéria de facto que ainda subsistam...”.

2.2.4 Despacho saneador

O despacho saneador, a ter lugar na audiência preliminar caso esta tenha sido convocada, é logo ditado para a ata⁸⁷, à exceção das causas em que o debate se processe sobre questões de elevado grau de complexidade, situação em que a audiência deve ser suspensa para que no prazo de 20 dias o juiz profira o saneador, marcando-se logo data para a sua continuação sendo caso disso, ou seja, quando houver atos a praticar na audiência depois do despacho saneador.

Se o juiz decidir pela dispensa da audiência preliminar o despacho saneador será um ato autónomo do juiz a realizar em 20 dias depois de findos os articulados (art. 510º nº 1).

⁸⁶ António Montalvão Machado, Paulo Pimenta, *O Novo Processo Civil*, 2010, p. 220.

⁸⁷ António Montalvão Machado, Paulo Pimenta, *O Novo Processo Civil*, 2010, p. 222; António Santos Abrantes Gerales, *Temas da Reforma do Processo Civil*, 2010, p. 122; José Lebre de Freitas, *A Acção Declarativa Comum À Luz do Código Revisto*, 2010, p. 155; J. P. Remédio Marques, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 2007, p. 344;

São duas as funções do despacho saneador de acordo com o prescrito no art. 510º: verificação da regularidade da instância e apreciação de nulidades; e conhecimento imediato do mérito da causa⁸⁸.

2.2.4.1 Conhecimento das exceções dilatórias e nulidades processuais

A ser atingido o objetivo da revisão de 1995/1996 do CPC, nesta fase do processo estaria bastante facilitada a tarefa de cumprimento desta primeira função do despacho saneador. Isto porque perante o poder de direção do processo (art. 265º nº 2 CPC) o juiz está vinculado a providenciar o suprimento da falta de pressupostos sanáveis, mesmo oficiosamente, determinando a realização dos atos para tanto adequados. E ainda nos termos do mesmo preceito, sendo necessária uma modificação subjetiva da instância, na disponibilidade das partes, o juiz deve convidá-las a fazê-lo. Na mesma direção, decorre do teor do art. 288º nº 3 que as exceções só subsistem enquanto não forem sanadas nos termos do anterior art. 265º nº 2 e que ainda que subsistam, não terá lugar a absolvição da instância quando não existam outros obstáculos à apreciação do mérito e a decisão deva ser integralmente favorável à parte cujo interesse a exceção visa tutelar⁸⁹. Posto isto só pode entender-se que há um dever de decidir de mérito^{90,91} e que toda a atividade tendente à regularização da instância deve ser promovida pelo juiz antes do despacho saneador, como temos vindo a verificar, no despacho pré-saneador ou na própria audiência preliminar.

Nestas circunstâncias, apenas quando a irregularidade não possa ou não tenha sido sanada há lugar à absolvição do réu da instância⁹², para além do caso em que o processo deva ser remetido para diverso tribunal e da possibilidade já referida de imediato conhecimento do mérito, quando a decisão deva ser favorável à parte cujo interesse estava protegido pela exceção.

O mesmo se diga quanto às nulidades. Só as que não foram corrigidas por indicação do despacho pré-saneador devem agora ser declaradas. As nulidades de conhecimento oficioso, atento o regime dos arts. 202º e 206º nºs. 1 e 2 CPC, podem ser suscitadas em qualquer estado do processo e logo que o juiz delas se aperceba, pelo que só serão apreciadas no despacho saneador se antes não o tiverem sido. Ainda nos termos do art. 206º nº 3 as

⁸⁸ António Montalvão Machado, Paulo Pimenta, *O Novo Processo Civil*, 2010, p. 222-227; José Lebre de Freitas, *A Acção Declarativa Comum À Luz do Código Revisto*, 2010, p. 155; J. P. Remédio Marques, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 2007, p. 344.

⁸⁹ No entanto, não se afigura que tal hipótese ocorra com frequência no comum dos litígios apresentados em tribunal.

⁹⁰ Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 1997, p. 83; Paulo Pimenta, *A Fase de Saneamento do Processo Antes e Após a Vigência do Novo Código de Processo Civil*, 2003, p. 270.

⁹¹ No texto intitulado “Linhas Orientadoras da Nova Legislação Processual Civil” a que já fizemos referência, pode ler-se que o direito de acesso aos tribunais implica a remoção dos obstáculos à obtenção de uma decisão de mérito, dando-se primazia à decisão de fundo sobre a decisão de forma. Também nesta exposição é dada nota de que em prol da prevalência da decisão de fundo é consagrada a regra de que a falta de pressupostos processuais é sanável, só não o sendo quando a falta inviabilize totalmente a decisão de mérito. Cfr. Pereira Batista *et al* “Linhas Orientadoras da Nova Legislação Processual Civil” in *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, 1992, n. 4, p. 37.

⁹² António Montalvão Machado, Paulo Pimenta, *O Novo Processo Civil*, 2010, p. 223; José Lebre de Freitas, *A Acção Declarativa Comum à Luz do Código Revisto*, 2010, p. 157; J. P. Remédio Marques, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 2007, p. 350.

nulidades invocadas pelas partes devem ser apreciadas logo que sejam reclamadas, pelo que mais uma vez o processo pode chegar ao despacho saneador já feito das deficiências de que padecia.

O conhecimento de uma exceção dilatória ou de uma nulidade processual no despacho saneador faz caso julgado formal quanto às questões concretamente apreciadas (art. 510º nº 3 CPC), mas não quanto a uma indicação genérica de inexistência de quaisquer exceções dilatórias ou nulidades processuais⁹³.

Assim concluímos pela essencialidade organizativa do processo facultada pelo despacho pré-saneador em conjunto com o despacho saneador.

Ao despacho saneador fica agora reservada a verificação da conformidade já antes solicitada, com ganho de tempo, produtividade e clarificação.

Na audiência final os sujeitos processuais podem centrar a sua atenção na apreciação da prova e do mérito da ação, com maior disponibilidade e dedicação.

2.2.4.2 Conhecimento de mérito

O conhecimento do mérito da ação resulta da audiência final na sequência da análise da prova produzida e traduz-se na sentença.

Num estágio precoce da causa, como o seja a audiência preliminar, só alguns processos reúnem todos os elementos necessários a uma resposta ao pedido ou pedidos que foram dirigidos ao tribunal. Só não havendo necessidade de mais elementos, de mais prova, o processo pode reunir condições de resposta para apreciação do pedido ou algum dos pedidos, da reconvenção, ou da procedência ou improcedência de exceções perentórias (art. 510º nº 3 CPC). Mas se assim for, mais uma vez se ganha em tempo com segurança, depois da triagem do despacho pré-saneador, no sentido de uma mais correta configuração da ação.

O despacho saneador que conheça do mérito fica a ter, nessa parte, o valor de sentença (art. 510º nº 3) e como tal pode ser objeto de recurso de apelação⁹⁴ art. 691º nº 1 e nº 2 alínea h) CPC.

São várias as hipóteses de conhecimento do mérito nesta fase processual. Lebre de Freitas enumera as situações: inconcludência do pedido, quando do complexo dos factos alegados não se pode chegar ao efeito jurídico pretendido, pelo que o réu é absolvido do pedido; exceção perentória plenamente provada por confissão, admissão ou documento, o que determina a absolvição do réu do pedido; exceção perentória improcedente, continuando a ação apenas para apreciação da causa de pedir; inexistência de exceções perentórias ao mesmo tempo que estão provados os factos que integram a causa de pedir, o que determina a condenação do réu no pedido; considerar-se provado que não ocorreram todos os factos

⁹³ José Lebre de Freitas, *A Acção Declarativa Comum à Luz do Código Revisto*, 2010, p. 164; J. P. Remédio Marques, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 2007, p. 350; Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 1997, p. 318.

⁹⁴ Armindo Ribeiro Mendes, *Recursos em Processo Civil, Reforma de 2007*, p. 125, 126; Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 1997, p. 319.

constitutivos da causa de pedir e a restante matéria é insuficiente para procedência do pedido, sendo o réu absolvido do pedido; prova do complexo de factos integrantes da causa de pedir dependente de documento, bastando à decisão imediata a junção do documento em causa.⁹⁵

2.2.5 Base instrutória e factos assentes

A distinção entre facto e direito corresponde a uma construção teórica independente dos fenómenos da vida e do reflexo que estes têm no processo. Com base nela parte-se da premissa de que os factos são do domínio exclusivo das partes e o direito do domínio exclusivo do juiz. Nenhuma das afirmações é verdadeira, quer porque o juiz não pode usar o direito sem os factos, integrantes das normas, quer porque as partes só usam os factos na medida da previsão do direito ou da norma, condicionados pelo efeito jurídico que pretendem obter. Parte-se então de uma premissa artificial para se chegar à justa composição do litígio, sendo que esta passa por uma maior aproximação à verdade material, (art. 264º nº 3 CPC) e por um dever de cooperação para a descoberta da verdade (arts. 266º e 519º CPC)⁹⁶. A via apresenta-se sinuosa.

É altura de relembrar a advertência de Mariana França Gouveia no sentido de facto e direito não constituírem categorias isoladas e independentes e de constituir erro metodológico a organização do processo com base na suposição de uma diferença que não existe, com o arrastamento de imprecisão dos conceitos e estágios processuais baseados nessa mesma distinção e na técnica da subsunção⁹⁷.

Desde a posição dos sujeitos processuais até à decisão final o processo pressupõe esta dicotomia e tal corresponderá a um equívoco de nefastas consequências para a organização do próprio processo e para o resultado da ação.

Os articulados, da autoria de advogados, são necessariamente pensados em função do direito aplicável e do resultado pretendido. A relevância ou irrelevância dos factos narrados, a sua suficiência ou insuficiência, analisam-se mais uma vez em função do resultado pretendido, ou seja, a aplicação da norma x ou y que contem na sua previsão, exatamente ou aproximadamente, a factualidade apontada para se operar a subsunção.

A palavra escrita dificilmente acompanha a dinâmica do acontecimento. A redução a escrito implica sempre alterações em função da percepção do narrador e é estanque. O acontecimento é ativo e multifacetado. No processo esta impossibilidade de descrição abrangente da dinâmica é agravada pelo objetivo de se pretender abarcar determinada ou determinadas normas, de determinado ou determinados contornos, para cujo preenchimento só podem ou devem ser relatados estes e não aqueles factos, ainda que tenham ocorrido. Até podemos não lhes dar qualquer relevo porque não correspondem ao nosso enquadramento jurídico e é esse o objetivo do processo: aplicar o direito ao caso antes moldado para ser suscetível de enquadramento naquela norma.

⁹⁵José Lebre de Freitas, *A Acção Declarativa Comum À Luz do Código Revisto*, 2010, p. 159 - 160.

⁹⁶José Igreja Matos “O juiz e o processo civil (contributo para um debate necessário)” in *Julgar*, 2007, nº 2, p. 89; Pereira Batista, et al “Linhas Orientadoras da Nova Legislação Processual Civil” in *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, 1992, n. 4, p. 40.

⁹⁷Mariana França Gouveia *A causa de pedir na ação declarativa*, 2004, p. 383.

A ser assim, a entender-se que os factos invocados nos articulados não retratam a realidade de modo descomprometido com o direito, temos também que aceitar que nos articulados não se encontra toda a factualidade correspondente aos acontecimentos reais. Por isso do que se trata na resolução de litígios privados, em processo civil, é de procurar que as partes indiquem com a maior amplitude possível os factos por si perspectivados, para que sobre estes possam ser realizadas e ordenadas as diligências de prova tendentes ao apuramento da verdade que assim obtida será processual e não exatamente uma cópia fiel dos acontecimentos. O que se procura na conjugação dos arts. 264º e 265º nº 3 do CPC, posta em prática através do princípio da cooperação consagrado no art. 266º, é que haja a correspondência possível entre a decisão e a realidade extraprocessual. Só assim ela será útil, eficaz e legitimadora.

Prescreve o CPC que depois de resolvidas todas questões suscetíveis de o serem no despacho saneador, ou não havendo nada a decidir nesse momento, para se chegar à decisão, se faça a seleção da matéria de facto relevante e dentro desta da que se considera assente e da que vai constituir a base instrutória da causa, nos termos do art. 511º CPC.

De tudo quanto antes dissemos acerca da dificuldade da distinção entre facto e direito resulta que esta seleção não será tarefa fácil. Mas também resulta que a apreensão do que seja relevante (já iremos ver com base em que critério) para qualquer dos sujeitos processuais pode sair facilitada do debate oral, necessariamente esclarecedor do que ficou formal e tendencialmente redigido nos articulados.

Se o objetivo é organizar a matéria a provar para que se viabilize uma decisão e se o debate oral é fundamental a essa compreensão do que há a decidir⁹⁸, porque os articulados não satisfazem cabalmente essa compreensão, então a seleção feita em diálogo na audiência preliminar apresenta contornos e preenche finalidades que a seleção da matéria de facto feita isoladamente pelo juiz não atinge (art. 508º-B nº 2). Sem audiência preliminar e conseqüente debate o juiz “fixa” a base instrutória (art. 511º). Com audiência e debate prescreve o art. 508º-A nº 1 alínea e) que é “selecionada” a matéria de facto que constitui a base instrutória. A fixação, sendo unilateral e automaticamente retirada dos articulados, é passível de maior margem de erro relativamente à correspondência com a realidade extraprocessual do que a seleção, coletiva e heterogénea, elaborada com base em elementos escritos e orais⁹⁹. E afinal é esta correspondência que se procura como base de decisão¹⁰⁰.

Mas este plano ideal está prejudicado pela definição do objeto do processo nos articulados. Porque se já está definido e só é suscetível de operações de retoque, ainda que em diálogo se encontrem caminhos até aí desconhecidos para resolução do litígio, os mesmos estão vedados pela obrigatoriedade de fixação anterior. Uma maior maleabilidade potenciará

⁹⁸ Giuseppe Chiovenda, *Principios de Derecho Procesal Civil*, 1925, p. 136,137.

⁹⁹ Mauro Cappelletti faz notar que o movimento para a oralidade do processo que se desenvolveu mais particularmente a partir do fim do séc. XIX, contribuiu para a caracterização do papel do juiz no sentido de fazer dele um órgão de direção e controle do processo. O juiz tem que por um lado que conduzir o processo e por outro assegurar a igualdade de meios das partes, de modo eficaz e não meramente formal. Mauro Cappelletti, *Le Pouvoir des Juges*, 1990, p. 121.

¹⁰⁰ Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba Y Verdad n el Derecho*, 2002, p. 84.

uma corresponsabilização ou contributo das partes na elaboração da base instrutória que não só aumentará a probabilidade de maior correspondência entre a decisão e a realidade extraprocessual, por via do diálogo mais aberto, como facilitará a posterior organização e produção de prova.

A orientação do art. 511º vai em duas direções: seleccionar “...a matéria de facto relevante para a decisão da causa, segundo as várias soluções plausíveis da questão de direito...”; e separar dentro da matéria de facto relevante a que se considera assente e a que se considera controvertida. Esta última constituirá a base instrutória e o objeto da prova a produzir (art. 513º).

Ao indicar como critério de seleção da matéria de facto relevante para a decisão da causa as várias soluções plausíveis da questão de direito, o art. 511º reporta-nos ao teor do art. 264º onde se estabelecem os parâmetros dos factos atendíveis para a decisão e a classificação dos factos em principais, instrumentais e essenciais¹⁰¹, mas também nos reporta às normas substantivas potencialmente aplicáveis.

Ou seja, estamos situados na intersecção dos factos com o direito para delimitar o objeto da prova. Só podemos considerar como relevante o que serve para a decisão (art. 264º) de acordo com a norma ou normas potencialmente aplicáveis para resolução do litígio perante todos e cada um dos sujeitos processuais.

O que se retira do art. 264º do CPC é que podem fundamentar a decisão os factos alegados pelas partes integrantes da causa de pedir ou suporte das exceções (principais), os factos notórios ou de que o tribunal tenha conhecimento em virtude do exercício das suas funções, os factos instrumentais que resultem da instrução e discussão da causa e os factos essenciais à procedência das pretensões e das exceções que sejam complemento ou concretização de outros já alegados e resultem da instrução e discussão da causa, se a parte a quem aproveitam nisso manifestar interesse e for dada oportunidade do exercício do contraditório.

Tanto podem fundamentar a decisão os factos principais como os instrumentais, sendo que os essenciais¹⁰² se reconduzem à categoria de principais, por carecerem da manifestação da vontade da parte a quem aproveitam para poderem ser suporte da decisão e integrarem a causa de pedir¹⁰³.

O que resulta do critério consagrado pelo art. 511º para seleção da matéria de facto é que o juiz deve considerar a matéria relevante para a decisão segundo as várias soluções

¹⁰¹ Para Mariana França Gouveia os factos essenciais são principais e integrantes da causa de pedir uma vez que o art. 264º nº 3 exige a manifestação de vontade da parte para que possam ser considerados na decisão. Cfr. Mariana França Gouveia *A causa de pedir na ação declarativa*, 2004, p. 386.

¹⁰² A doutrina divide-se quanto à classificação dos factos e aos que podem fundamentar a decisão. A este propósito cfr. José Lebre de Freitas, *A Acção Declarativa Comum À Luz do Código Revisto*, 2010, p. 144 e segs.; Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 1997, p. 70 e segs.; Paula Costa e Silva, “Saneamento e Condensação no novo processo civil: A fase da audiência preliminar”, in *Aspectos do Novo Processo Civil*, 1997, p. 242 e segs.

¹⁰³ Mariana França Gouveia *A causa de pedir na ação declarativa*, 2004, p. 386.

plausíveis da questão de direito, ou, dito de outro modo, deve selecionar a matéria de facto que direta ou indiretamente serve à construção da definição jurídica para resolução do conflito. E a prova dos factos, a que precisamente se destina a base instrutória, é feita a mais das vezes por via indireta, por presunções que da constatação de factos instrumentais levam à consideração da existência dos factos principais.

Na exposição de Paula Costa e Silva¹⁰⁴, da relevância indireta, (porque não em linha reta para a decisão da causa mas antes como veículo de prova dos factos principais), não resulta uma exclusão automática dos factos instrumentais da matéria de facto relevante. Pelo contrário, a autora aponta à inserção dos factos instrumentais na matéria de facto relevante uma virtualidade disciplinadora e de prevenção das surpresas.

Dentro deste contexto cabe depois distinguir a matéria assente, considerada provada neste momento do processo, por via de prova já apresentada (documental) ou por via do disposto no art. 490º nº 2 e no art. 505º que para este remete, no sentido de que a falta de impugnação dos factos alegados pela parte contrária consideram-se admitidos por acordo. Ainda cabem nos factos assentes os provados através de confissão.

Resta a base instrutória corporizada pelos factos controvertidos. Nesta vamos colocar os factos objeto de versões contrapostas ou contraditórias. Numa situação de revelia inoperante, por exemplo, [art. 485º alíneas b), c) e d)] não existe contestação, não estamos perante factos controvertidos e há por isso dispensa de seleção da matéria de facto. Mas ainda assim estamos perante factos carecidos de prova no âmbito do art.º 513º¹⁰⁵.

Já anteriormente nos referimos à posição de Paula Costa e Silva no sentido de os factos instrumentais poderem ser considerados na seleção da matéria de facto relevante para a decisão da causa por via indireta do seu papel na prova dos factos principais¹⁰⁶.

No mesmo sentido se pronuncia Isabel Alexandre¹⁰⁷, ao afirmar que da base instrutória apenas constam obrigatoriamente os factos essenciais, mas que esta conclusão não obsta a que os factos instrumentais, se bem que sem carácter de obrigatoriedade, possam integrar a base instrutória, no entendimento de que esta tem uma função disciplinadora da atividade probatória e não apenas do julgamento do facto.

No que respeita ao julgamento de facto e analisado o art. 653º na sua atual redação, nada daí resulta que identifique a base instrutória com um modelo inflexível de resposta obrigatória de sim ou não. Há antes um ónus de objetivação da convicção do julgador, uma vez que a decisão indicará os factos que o tribunal julga provados e os que não julga provados, "...analisando criticamente as provas e especificando os fundamentos que foram decisivos

¹⁰⁴ Paula Costa e Silva, "Saneamento e Condensação no novo processo civil: A fase da audiência preliminar", in *Aspectos do Novo Processo Civil*, 1997, p. 243

¹⁰⁵ Paula Costa e Silva, "Saneamento e Condensação no novo processo civil: A fase da audiência preliminar", in *Aspectos do Novo Processo Civil*, 1997, p. 247

¹⁰⁶ Paula Costa e Silva, "Saneamento e Condensação no novo processo civil: A fase da audiência preliminar", in *Aspectos do Novo Processo Civil*, 1997, p. 243

¹⁰⁷ Isabel Alexandre, "A fase da instrução no processo declarativo comum" in *Aspectos do Novo Processo Civil*, 1997, p. 277.

para a convicção do julgador.” Por outro lado, também não resulta nem do art. 508-A nº 1 alínea e) nem do art. 511º, uma fórmula específica a ser cumprida para elaboração da base instrutória sobre a qual possa vir a recair a decisão sobre a matéria de facto.

A Lei 41/2013, de 26.06, suprime o julgamento da matéria de facto em separado, não havendo disposição equivalente ao atual art. 653º CPC. Mas mantém (art. 607º nº 4) a terminologia quanto à fundamentação da sentença, apontando o dever de o juiz declarar quais os factos que julga provados e quais os que julga não provados, desenvolvendo uma análise crítica das provas e indicando quais os fundamentos decisivos para a sua convicção.

A base instrutória não visa a estabilização da matéria de facto na fase de saneamento sendo suscetível de ser alterada até ao encerramento da discussão nos termos do art. 650º nº 2 alínea f)¹⁰⁸. Nesta perspetiva sai reforçada a atividade disciplinadora da base instrutória, de seleção dos factos relevantes controvertidos a provar como base de trabalho e não como formulário obrigatório de julgamento de matéria de facto, com as prejudiciais consequências que já apontámos perante a artificialidade da distinção entre facto e direito.

Ao selecionarmos todos os factos direta ou indiretamente relevantes para a decisão orientados para as possíveis soluções de direito, estamos a dar amplitude ao objeto da prova, à base de trabalho e a viabilizar alternativas de solução ou de resposta ao pedido apresentado em tribunal. A circunstância de a seleção da matéria de facto não fazer caso julgado formal e a possibilidade de a base instrutória ser ampliada até ao encerramento da discussão nos termos do artigo 264º por via do disposto no art. 650º nº 2 alínea f), ajudam a este entendimento, bem como o incentivam as circunstâncias de a base instrutória poder ser aditada na sequência da apresentação de articulados supervenientes (art. 506º nº 6) ou de alguns incidentes, a título de exemplo o de liquidação (art. 380º nº 2) e o de ilisão da autenticidade ou da força probatória de documento (art. 549º nº 2). Ainda no sentido da maleabilidade da base instrutória pode considerar-se o argumento de que no âmbito de recurso de apelação a Relação pode anular a decisão proferida na 1ª instância quando entenda indispensável a ampliação da matéria de facto, (art. 712º nº 4)¹⁰⁹, bem como o de que no âmbito de recurso de revista o Supremo pode entender que a decisão de facto pode e deve ser ampliada, para o que o processo volta, para tanto, ao tribunal recorrido (art. 729º nº 3)¹¹⁰.

De toda esta conjugação perspetiva-se a base instrutória como elemento disciplinador das subsequentes tarefas a realizar no processo.

Independentemente da prática dos tribunais, o CPC não adota a técnica da elaboração de quesitos fixos, soltos e fragmentários, para construção da base instrutória. Aponta para

¹⁰⁸ Mariana França Gouveia *A causa de pedir na ação declarativa*, 2004, p. 150; José Lebre de Freitas, *A Ação Declarativa Comum À Luz do Código Revisto*, 2010, p. 171.

¹⁰⁹ Armindo Ribeiro Mendes, *Recursos em Processo Civil, Reforma de 2007*, 2009, p. 135,136.

¹¹⁰ Armindo Ribeiro Mendes, *Recursos em Processo Civil, Reforma de 2007*, 2009, p. 158,159.

uma maior flexibilização e maleabilidade do que as que resultavam da figura do questionário, antepassado da base instrutória¹¹¹.

A Lei 41/2013 de 26.06. vem conferir nova redação ao art. 511º, que passa a art. 596º. Nos termos deste preceito, quando após o despacho saneador a acção deva prosseguir, o juiz profere despacho destinado a identificar o objecto do litígio e a enunciar os temas de prova. Esta orientação confirma e reforça uma maior maleabilidade na exposição da matéria a provar, não havendo necessidade de transposição rígida dos factos articulados.

Determinam os art. 508º-A nº 1 alínea e) e 511º nº 2 do CPC que após a seleção da matéria de facto relevante e dentro desta dos factos assentes e da base instrutória, as partes podem reclamar da decisão tomada em ambas as vertentes por deficiência, excesso ou obscuridade. A deficiência comportará reclamação relativa à ausência no elenco dos factos assentes ou da base instrutória de facto que a parte entende relevante para a decisão. A reclamação por excesso terá por base a seleção de factos não alegados ou irrelevantes para a decisão, bem como na inserção como assente de facto que antes devia constar da base instrutória. A obscuridade resultará de imprecisões de redação que perturbem a compreensão dos factos seleccionados.

As reclamações são decididas por despacho proferido oralmente se tudo se processar na audiência preliminar, depois de facultado o exercício do contraditório e este despacho só pode ser impugnado no recurso interposto da decisão final (art. 511º nº 3).

Não havendo lugar a audiência preliminar, o despacho saneador e a seleção da matéria de facto são notificados às partes com a notificação para que no prazo de quinze dias requeiram a respetiva prova (arts. 508º-B nº 2 e 512º nº 1).

No que respeita à seleção da matéria de facto as partes podem em dez dias (art. 153º) apresentar as suas reclamações, as quais, após contraditório, serão logo decididas.

No que toca aos requerimentos de prova, para além da indicação dos meios de prova que a parte pretenda fazer neste momento, no prazo de quinze dias a contar da notificação pode ser alterada a prova antes indicada nos articulados e pode ser requerida a gravação da audiência ou a intervenção do tribunal coletivo pelo que dispõe o art. 512º nº 1 CPC. A admissibilidade das provas e a marcação das respetivas diligências que devam ter lugar antes da audiência devem constar do despacho previsto no art. 512º nº 2 que designa dia para a audiência final.

A Lei 41/2013, de 26.06 consagra a indicação dos meios de prova com os articulados [552º nº 2 e 572º d)], pelo que neste momento apenas prevê a possibilidade de alteração do requerimento probatório e aditamento ou alteração ao rol de testemunhas (art. 598º).

¹¹¹ José Lebre de Freitas, *A Acção Declarativa Comum À Luz do Código Revisto*, 2010, p. 164, nota 23.

2.2.6 Objetivos complementares da audiência preliminar

Olhando o processo como uma tarefa faseada e carecida de planificação para rentabilização dos resultados, encontramos nos objetivos complementares da audiência preliminar funções de relevo.

Os atos pensados para este momento destinam-se à organização dos subseqüentes estágios do processo, produção de prova e discussão e julgamento. Estão assim previstos na continuidade da audiência preliminar a indicação dos meios de prova e decisão imediata sobre a sua admissibilidade, preparação das diligências probatórias, designação de data para a realização da audiência final e requerer a gravação da audiência final ou a intervenção do coletivo.

De acordo com o disposto no art. 522º-B, a gravação da audiência final pode ser requerida pelas partes ou determinada oficiosamente pelo tribunal. Sendo a gravação requerida por alguma das partes, o julgamento com intervenção do tribunal coletivo não é admissível nos termos do art. 646º nº 2 alínea c), tendo que ser feita a opção. A realização de julgamento com tribunal coletivo em simultâneo com a gravação da prova ocorrerá apenas quando esta gravação seja oficiosamente determinada pelo tribunal.

Indica o art. 508º-A nº 4 que a falta de algum dos mandatários não é motivo de adiamento da audiência preliminar, mas a parte não fica por isso impossibilitada de propor a prova e requerer a intervenção do tribunal coletivo ou a gravação da audiência no prazo de cinco dias.

A Lei 41/2013, de 26.06, elimina a intervenção do tribunal coletivo na ação declarativa e estabelece a obrigatoriedade de gravação da audiência final (art. 155º), retirando justificação ao objetivo da audiência preliminar a que acabamos de nos referir.

Pode ainda ter lugar na audiência preliminar a apresentação de articulado superveniente, quando os factos que vem trazer à ação tenham ocorrido ou sido conhecidos até ao seu encerramento [art. 506º nº 3 alínea a)], bem como nesta pode ser apresentado depoimento de parte (art. 556º nº 3 do CPC).

A faceta de gestão do processo viabilizada pela audiência preliminar não é de somenos importância. A planificação e organização do trabalho são reconhecidamente fundamentais para a obtenção de bons e céleres resultados e o desempenho de juízes e advogados nos tribunais não são exceção à aplicação destas premissas. Por isso estes objetivos de organização e agendamento das tarefas do art.º 508º-A são complementares, mas não dispensáveis a uma boa prática de justiça.

Neste sentido a Lei 41/2013, de 26.06 vem consagrar uma maior atenção à programação da audiência final, fazendo notar a necessidade de ser estabelecido o número de sessões e a sua previsível duração, bem como o respetivo agendamento.

2.2.7 Dispensa da audiência preliminar

Posto isto, mais não seja pela vantagem que representa em termos de organização, economia e planificação concertada do trabalho a desenvolver ao longo das restantes fases

processuais, a audiência preliminar sempre será de grande utilidade e prejudicial a sua dispensa.

No entanto esta dispensa está prevista na lei em três situações distintas.

Uma primeira desenhada no art. 508º-B nº 1 alínea a), quando o único objetivo da convocação da audiência preliminar seja a seleção da matéria de facto relevante para a decisão da causa e a simplicidade da seleção o justifique.

No texto do artigo 508º-B nº 1 alínea a) lê-se “simplicidade da causa”, mas se esta simplicidade está em referência à seleção da matéria de facto que seria o único motivo de convocação da audiência, será este o critério de aferição do grau de simplicidade da tarefa.

A envolvimento jurídica da ação até pode revestir grande complexidade. O que está em causa para que seja dispensável a audiência é que o único ato nesta a realizar, de seleção da matéria de facto, esteja facilitado de acordo com os elementos constantes do processo. Não suscitar dúvidas o que é matéria de facto e o que é relevante para a decisão segundo as várias soluções plausíveis da questão de direito¹¹².

O segundo quadro de dispensa da audiência preliminar está plasmado no art.º 508º-B nº 1 alínea b), sob a hipótese de esta ser convocada apenas para o fim de discussão de exceções dilatórias já debatidas nos articulados que o juiz deva conhecer no despacho saneador.

Perante esta previsão podemos concluir que a convocação da audiência preliminar para discussão de exceções dilatórias, nos termos deste preceito, apenas terá lugar quando se trate de exceção conhecida oficiosamente pelo juiz e sobre a qual não tenha havido pronúncia das partes (art. 3º nº 3) ou quando a exceção tenha sido invocada no último articulado previsto para a forma de processo em causa e seja necessário facultar o exercício do contraditório (artº. 3º nº 4)¹¹³.

Paulo Pimenta faz notar que ainda que as exceções dilatórias tenham sido debatidas nos articulados, a audiência preliminar terá toda a justificação se o juiz entender que a pronúncia nos articulados sobre a matéria das exceções não teve o grau de profundidade adequado¹¹⁴.

Uma última previsão de dispensa da realização da audiência preliminar é a que resulta do art.º 508º-B nº 1 alínea b) na sua parte final, ou seja, quando a convocação apenas se destina à discussão sobre o mérito da causa nos casos em que a sua apreciação revista manifesta simplicidade.

¹¹² Neste sentido Paula Costa e Silva “Saneamento e Condensação no novo processo civil: A fase da audiência preliminar”, in *Aspectos do Novo Processo Civil*, 1997, p. 259

¹¹² Paula Costa e Silva “Saneamento e Condensação no novo processo civil: A fase da audiência preliminar”, in *Aspectos do Novo Processo Civil*, 1997, p. 259.

¹¹³ Paula Costa e Silva “Saneamento e Condensação no novo processo civil: A fase da audiência preliminar”, in *Aspectos do Novo Processo Civil*, 1997, p. 259

¹¹⁴ Paulo Pimenta *A Fase do Saneamento do Processo Antes e Após a Vigência do Novo Código de Processo Civil*, 2003, p. 334.

Resulta da redação do art. 508º - B do CPC que a audiência “pode” ser dispensada pelo juiz, o que se perspectiva como um poder discricionário. Se pode dispensar também pode convocar. Mas perante a construção do mesmo art. 508º - B, de fixação das situações em que a audiência “pode” ser dispensada, também é válido concluir que caso a audiência não seja convocada, a decisão pode ser avaliada pelos parâmetros daquela previsão legal, ou seja, saber se estão ou não reunidos os respectivos requisitos na situação em concreto. Esta verificação viabiliza a invocação de nulidade da dispensa de convocação da audiência preliminar fora dos casos previsto no art.º 508º-B, nos termos do art.º 201º, por se tratar da omissão de ato que a lei prescreve e que pode influir no exame e na decisão da causa.

2.2.8 Audiência prévia

A audiência prévia apresenta uma função inovadora de debate para discussão de medidas de adequação formal, simplificação e agilização processual. Esta nova função materializa o princípio da adequação formal constante do art. 547º do CPC na redação da Lei 41/2013, de 26.06, bem como o dever de gestão processual previsto no art. 6º da mesma atualização do CPC.

Na Lei 41/2013 há no entanto uma perspectiva do princípio da adequação formal diversa da que resulta do art. 2º do RPE. É que enquanto nesta o princípio da adequação formal está subjacente ao dever de gestão processual, onde também se enquadra o poder de direção do processo do juiz, na Lei 41/2013 a adequação formal surge autonomizada do dever de gestão. Se bem que nesta Lei, quer a gestão processual quer a adequação formal sejam claras incumbências do juiz, a autonomização da adequação formal descaracteriza-a como ato de gestão processual. Esta autonomização, a par do debate no âmbito da audiência prévia de medidas de adequação formal, potencializam divergências sobre a tramitação que podem vir a perturbar a regular e ajustada tramitação do processo. A prática o dirá.

A orientação da Lei 41/2013 de 26.06 é no sentido da obrigatoriedade da audiência prévia, à exceção das ações não contestadas em que a revelia é inoperante e nas ações em que se verifique a procedência de exceção dilatória invocada nos articulados que leve à conclusão do processo no despacho saneador. O art. 592º do CPC, na configuração que lhe foi dada pela Lei 41/2013 de 26.06, é expresso na identificação destas situações de não realização da audiência prévia.

No entanto a audiência prévia pode ser dispensada (art. 593º CPC na redação da Lei 41/2013 de 26.06) quando a sua finalidade seja apenas a de elaboração do despacho saneador, a de tomada de medidas de adequação formal e simplificação ou agilização processual, ou ainda a de identificação do objeto e enunciação dos temas de prova.

II – O PROCESSO CIVIL INGLÊS

1. Introdução

Em Inglaterra, até ao séc. XIX, os conflitos e diferendos comuns eram resolvidos em tribunais também eles comuns, de condado, *county courts*, através da aplicação de direito consuetudinário local¹¹⁵.

Para além destes, a possibilidade de apresentação de um pedido para resolução de diferendo junto dos tribunais reais - *Court of Exchequer*, *Court of Common Pleas* e *King's Bench*¹¹⁶ - estava limitada à autorização régia, através de uma ordem - *writ* - que confirmava existir uma ação - *form of action* - adequada à pretensão e procedia ao chamamento do réu.

A atuação dos tribunais reais ingleses, com recurso a jurados para decisão dos factos e aos costumes locais, deu origem a um direito comum a todo o território inglês designado por *Common law*¹¹⁷.

As ações correspondentes ao exercício deste direito, *actions at law*, começaram por ser processadas oralmente. Mas a necessidade de manter presente a exposição oral das partes e as questões levantadas ao longo do processo determinou, num primeiro momento, uma tendência à sintetização das alegações para que estas se contivessem num único ponto identificador da discórdia, *issue formation* e posteriormente, a partir do séc. XIV, a respetiva redução à forma escrita¹¹⁸.

Esta exigência redutora aliada à forma escrita terá sido a origem da tipicidade e da formalização das *actions at law*¹¹⁹.

A atividade primordial dos juristas era a de encontrar e obter o writ adequado ao direito que pretendiam exercer, adaptando-o ao modelo existente.

O enquadramento jurídico do caso resultava do writ onde se inseriam, em exclusivo, um direito ou grupo de direitos¹²⁰. Se não houvesse correspondência entre o caso e as fórmulas definidas, o direito não tinha proteção e a ação não tinha continuidade.

Esta é a vertente que aqui releva da preeminência do processo¹²¹. Sem forma adequada não havia direito a exercer, «*no writ, no right*»¹²².

Perante a ineficiência do sistema, a partir do séc. XV os ingleses começaram por dirigir pedidos de justiça diretamente ao Rei, apresentando um escrito identificado como *bill of complaint*. A exposição do caso não revestia formalismo especial e o objetivo era a prova¹²³.

¹¹⁵ Dário Moura Vicente, *Direito Comparado, Introdução e Parte Geral*, 2011, Volume I, p. 247.

¹¹⁶ Peter Hay, *Law of the United States. An Overview*, Munique, 2002, p. 1.

¹¹⁷ Dário Moura Vicente, *Direito Comparado, Introdução e Parte Geral*, 2011, Volume I, p. 246.

¹¹⁸ Mariana França Gouveia, *A Causa de Pedir na Acção Declarativa*, 2004, p. 128.

¹¹⁹ Mariana França Gouveia, *A Causa de Pedir na Acção Declarativa*, 2004, p. 128.

¹²⁰ Mariana França Gouveia, *A Causa de Pedir na Acção Declarativa*, 2004, p. 129.

¹²¹ Peter Hay, *Law of the United States. An Overview*, Munique, 2002, p. 248.

¹²² Dário Moura Vicente, *Direito Comparado, Introdução e Parte Geral*, 2011, Volume I, p. 248.

Quando não existisse ação típica adequada, o chanceler, em nome do rei, colmatava as lacunas da estrita tipicidade das *forms of action*, concedendo remédios jurídicos aos pedidos formulados através do *bill of complaint*.

Na sequência desta atividade a chancelaria veio a transformar-se num tribunal e às soluções jurídicas por este encontradas deu-se a designação de *Equity*¹²⁴.

A função da *equity* de satisfação dos direitos que não tinham tradução nas fórmulas das *actions at law* resulta claramente da expressão “*Equity is available when there is no adequate remedy at Law*”^{125_126}

Dentro deste modelo subsidiário, para chegar onde não chegavam as *actions at law*, as *actions in equity* eram dotadas de regras flexíveis e adaptáveis ao caso concreto¹²⁷. No entanto a evolução não foi no sentido da flexibilização, mas antes no da rigidez, num movimento que por isso não acompanhou o desenvolvimento da sociedade inglesa, pioneira na revolução industrial do séc. XVIII.

A tipicidade das ações só veio a ser abolida em Inglaterra no século XIX, através da reforma do *Judicature Act* de 1873¹²⁸.

2. Sistema judiciário

A atual organização judiciária dos tribunais ingleses, para além de compreender vários tribunais com competência para litígios individualizados como de trabalho e da segurança social, compreende tribunais de recurso e de primeira instância, sendo que os primeiros, em casos determinados, também podem funcionar como de primeira instância¹²⁹.

Os tribunais de recurso são: o *Supreme Court of the United Kingdom*, a mais alta instância de recurso; e o *Court of Appeal* composto por uma divisão civil e uma divisão criminal.

Os tribunais de primeira instância são: o *High Court of Justice*, composto por três divisões, a *Queen’s Bench Division*, a *Chancery Division* e a *Family Division*; o *Crown Court*, ou *Central Criminal Court* (Londres) com competência apenas em matéria criminal; os *County Courts* com competência para pequenas causas em matéria civil e os *Magistrates’ Courts*, com competência em matéria civil para cobrança de dívidas, regulação do poder paternal e obrigação de alimentos e para pequenos delitos criminais¹³⁰.

Ao nível da primeira instância os *County Courts* têm competência para pequenas causas em termos de complexidade e valor. Ficam reservadas a estes tribunais todas as ações

¹²³ Mariana França Gouveia, *A Causa de Pedir na Acção Declarativa*, 2004, p. 129.

¹²⁴ Dário Moura Vicente, *Direito Comparado, Introdução e Parte Geral*, 2011, Volume I, p. 251.

¹²⁵ A *equidade* é válida quando não há solução adequada na lei.

¹²⁶ Dário Moura Vicente, *Direito Comparado, Introdução e Parte Geral*, 2011, Volume I, p. 251.

¹²⁷ Mariana França Gouveia, *A Causa de Pedir na Acção Declarativa*, 2004, p.

¹²⁸ Dário Moura Vicente, *Direito Comparado, Introdução e Parte Geral*, 2011, Volume I, p. 247.

¹²⁹ Maurice Kay, *Blackstone’s Civil Practice The Commentary*, 2012, p. 55 e segs.

¹³⁰ Dário Moura Vicente, *Direito Comparado, Introdução e Parte Geral*, 2011, Volume I, p. 258.

de valor inferior a 5,000 libras e podem ainda aqui ser apresentadas todas as ações cujo valor não ultrapasse 50,000 libras¹³¹.

Nos *County Courts* desempenham funções juízes designados por *circuit judges* e *district judges*. Os primeiros terão que ser advogados (*solicitors* ou *barristers*) há pelo menos sete anos com o mesmo período de relevante experiência jurídica e os segundos, como requisitos para o desempenho da função, terão que ser advogados (*solicitors* ou *barristers*) há cinco anos com adequada experiência da prática jurídica¹³².

O *High Court* tem competência para todas as ações de valor superior a 15,000 libras, à exceção das respeitantes a danos e prejuízos pessoais que têm de ultrapassar o limite de 50,000 libras¹³³.

No *High Court* os processos são dirigidos por juízes com uma experiência mínima de sete anos ou que sejam *circuit judges* há pelo menos dois anos. Os *district judges* do *High Court* têm que ter exercido funções por um período não inferior a cinco anos¹³⁴.

A ideia dominante no recrutamento dos juízes é a de uma sólida experiência na prática jurídica, o que é reforçado pela orientação das *Civil Procedure Rules 1998*, no sentido da realização de medidas de gestão processual lideradas pelo tribunal [*Rules 1.4 (2), 3.1(2) e Parts 26, 28 e 29 CPR*]. Esta reforma veio mudar substancialmente a posição passiva do juiz e o princípio do controle das partes sobre o processo, comumente designado por *adversarial process*. Voltaremos a este ponto em capítulos subsequentes.

3. Marcha do processo

Com o objetivo de que o sistema de justiça civil seja acessível, justo e eficiente, entraram em vigor em Inglaterra em 26 de abril de 1999 as *Civil Procedure Rules 1998*, aplicáveis à divisão civil do *Court of Appeal*, à *High Court* e aos *county courts*¹³⁵.

As *Civil Procedure Rules 1998* tiveram um propósito de reforma, criando um código de processo civil inexistente até à data. O texto da respetiva regra 1.1 é o seguinte: “*These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly.*”¹³⁶

¹³¹ Neil Andrews, *O Moderno Processo Civil, formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier, 2010, p. 20.

¹³² Maurice Kay, *Blackstone’s Civil Practice The Commentary*, 2012, p. 58.

¹³³ Neil Andrews, *O Moderno Processo Civil, formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier, 2010, p. 64.

¹³⁴ Maurice Kay, *Blackstone’s Civil Practice The Commentary*, 2012, p. 58.

¹³⁵ Maurice Kay, *Blackstone’s Civil Practice The Commentary*, 2012, p. 39.

¹³⁶ “(1) Essas regras formam o novo Código com o objetivo preponderante de resoluções justas”. Tradução brasileira in Neil Andrews, *O Moderno Processo Civil, formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier, 2010, p. 46.

Esta primeira regra aponta como objetivo prioritário¹³⁷ do processo resolver as ações de forma justa, o que de acordo com o restante texto da *Rule 1.1 (2)* inclui:

- “(a) assegurar que as partes estejam em iguais condições de disputa;
- (b) economizar despesas;
- (c) lidar com o caso de acordo com a proporcionalidade em relação: (i) às quantias envolvidas; (ii) à importância do caso; (iii) à complexidade das questões; (iv) à posição financeira de cada parte;
- (d) assegurar que o caso seja tratado de forma rápida e justa;
- (e) distribuir de forma equilibrada recursos nos tribunais, levando em conta a necessidade de distribuir recursos em outros casos.”¹³⁸

Para materialização destes objetivos foram conferidos ao tribunal amplos poderes de gestão CPR 3.1 (2)¹³⁹.

Neste enquadramento, focando-nos numa perspetiva comum às várias formas de tramitação previstas nas CPR e apenas no que respeita à primeira instância, a marcha do processo desenvolve-se em três fases: apresentação do caso; preparação da prova e organização do processo; julgamento.

3.1 Fase de apresentação do caso

O primeiro momento do processo civil inglês corresponde à solicitação do autor dirigida ao tribunal para que emita um formulário onde vai expor de modo breve os fundamentos da ação e formular o seu pedido.

No entanto, entre o despoletar do litígio e a instauração do processo em tribunal, as partes podem procurar obter informação detalhada sobre a posição contrária e respetivos elementos de prova, na perspetiva de ser evitada a intervenção do tribunal. A troca de informação será um veículo para a celebração de acordos.

Para concretização dos objetivos que antecedem podem ser celebrados protocolos que determinam o cumprimento de obrigações antes de ser instaurada a ação, designados por *pre-action protocols*. Existem modelos de protocolos para tipos específicos de disputas¹⁴⁰.

¹³⁷ Paula Loughlin & Stephen Gerlis, *Civil Procedure*, 2004, p. 101; Stuart Sime *A Practical Approach to Civil Procedure*, 2006, p. 19.

¹³⁸ Tradução brasileira in Neil Andrews, *O Moderno Processo Civil, formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier, 2010, p. 46.

¹³⁹ Mariana França Gouveia, Nuno Garoupa e Pedro Magalhães, (coord.) *Justiça Económica em Portugal: Gestão Processual e Oralidade*, 2012, p. 56.

¹⁴⁰ Maurice Kay, *Blackstone's Civil Practice The Commentary*, 2012, p. 129.

Caso o protocolo não seja cumprido e o litígio origine uma ação judicial, o tribunal pode penalizar o incumprimento por meio de decisão relativa às custas, CPR 44.3 (5)(a).

Retomando a instauração do processo judicial cabe referir que a apresentação inicial da posição de cada uma das partes é feita por escrito. A expressão *statement of case* refere-se aos vários articulados que podem surgir na ação: *claim form*; *particulars of claim* que correspondem à exposição dos aspetos específicos da causa se apresentados autonomamente; contestação; resposta; informação complementar conforme CPR 18.1; reconvenção; e intervenção de terceiros¹⁴¹.

O meio mais frequente de instauração da ação é a apresentação pelo autor do formulário inicial obtido em tribunal a que já fizemos referência e que corresponde à *claim form*, CPR 7.2. Da *claim form* devem constar: a identificação das partes; em caso de representação que é nessa qualidade que é feita a intervenção; uma declaração concisa da natureza do pedido; uma especificação da solução pretendida; tratando-se de pedido de natureza pecuniária o respetivo valor; uma declaração quanto aos juros em caso de quantia predeterminada; bem como outros assuntos que possam resultar de direção prática (CPR 16.2). Esclareça-se que as direções práticas completam e especificam regras das CPR, sendo identificadas pelas iniciais PD seguidas do número correspondente à parte das CPR que visam interpretar e concretizar.

Para além destas componentes da *claim form* o autor tem que indicar os elementos tendentes à pormenorização do objeto da ação designados por *particulars of claim*. Estes podem ser apresentados com a *claim form* ou posteriormente, [CPR 7.4 e 16.2 (2)], mas em momento que permita ao réu o seu conhecimento para exercício do direito de se pronunciar sobre as questões enunciadas.

Já numa vertente mais pragmática é interessante notar que os articulados que excedam as 25 páginas devem ser acompanhados de um sumário e em alguns tribunais é necessária autorização para tanto¹⁴².

Os elementos preponderantes das *particulars of claim* são: uma descrição sucinta dos factos em que o autor se baseia; uma declaração relativa ao instrumento ou base contratual do direito invocado se for o caso, tendo ainda, nestas circunstâncias, que ser respeitados os requisitos enunciados na CPR 16.4(2); perante a hipótese de ressarcimento de danos uma especificação dos mesmos e os fundamentos do pedido; se o pedido se reporta a uma indemnização provisória uma exposição dos motivos dessa reivindicação; outros que possam resultar de direção prática das CPR.

¹⁴¹ Neil Andrews, *O Moderno Processo Civil, formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier, 2010, p. 67; Paula Loughlin & Stephen Gerlis, *Civil Procedure*, 2004, p. 175; Stuart Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure*, 2006, p. 141.

¹⁴² "There are cases which, on account of their complexity, have to be pleaded at length. Where, exceptionally, a statement of case exceeds 25 pages (excluding schedules), an appropriate short summary must also be filed and served (PD 16, para. 1.4). Lengthy statements of case can contribute to excessive costs, as recognised by the Jackson Review of Civil Costs. In the Admiralty and Commercial Courts, statements of case should be limited to 25 pages (Admiralty and Commercial Courts Guide, para. C1.1(b))." Maurice Kay, *Blackstone's Civil Practice The Commentary*, 2012, p. 401.

O autor tem que especificar o tipo de solução jurídica que pretende mas o tribunal não fica vinculado à formulação do autor, CPR 16.2 (5).

Ainda de relevo é a exigência de que as *particulars of claim* sejam acompanhadas de declaração de veracidade designada por *statement of truth*, CPR 22.1(a).

O Autor deve preencher outros formulários, destinados à defesa do réu e à citação¹⁴³.

Tratando-se de litígio que não envolva a apreciação de questões de facto, pode ser usada uma tramitação simplificada onde do formulário inicial conste desde logo a questão a decidir, ou a indicação da solução legal pretendida. Neste caso o formulário é acompanhado da prova escrita (*Part 8 Claims* das CPR). O réu não é obrigado a contestar, não há julgamento à revelia e assim também não há lugar à aplicação das regras relativas às especificações dos articulados (CPR 16.1) e da defesa e resposta (CPR 15.1).

Havendo lugar a posições divergentes, autor e réu devem apresentar os respetivos argumentos acompanhados de declaração de veracidade através dos já mencionados *statements of case*, [CPR 2.3(1) e 22.1(1)(a)]. Os *statements of case*, designação que se reporta a todos os articulados como também já referimos, devem conter uma descrição pormenorizada dos factos, mas não carecem de apresentação imediata de toda a prova nem de elaborada fundamentação de direito.

Na contestação o réu deve contrapor os seus argumentos a todos os aspetos focados pelo autor dos quais discorda, sob pena de se ter por admitida a matéria que não foi objeto de resposta [CPR 16.5 (5)]. É de salientar que a matéria se tem por admitida mas não por provada, ou seja, a ausência de resposta não tem natureza preclusiva.

3.2 Fase de preparação da prova e organização do processo

No sistema processual inglês a preparação da prova e a organização do processo revestem características completamente diversas das encontradas no sistema português.

No momento intermédio do processo inglês as partes têm o dever de facultar às restantes os elementos de prova relevantes que possuam para análise e seleção, o que determina uma interatividade das partes com consequências diretas no conhecimento mais profundo das possibilidades de resolução do litígio e dos meios disponíveis. Com isto potencia-se o acordo e evitam-se surpresas e impreparações prejudiciais ao regular e produtivo desenvolvimento da ação.

Como reflexo dos poderes de gestão encontramos a função de controlo das diligências probatórias por parte do tribunal, para que seja assegurada a sua eficiência e a igualdade das

¹⁴³ Neil Andrews, *O Moderno Processo Civil, formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier, 2010, p.64; Paula Loughlin & Stephen Gerlis, *Civil Procedure*, 2004, p. 136; Stuart Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure*, 2006, p. 84,85.

partes. Dentro destes objetivos é faculdade do tribunal recusar a apresentação de meios de prova [CPR 32.1(2)], por exemplo quando entenda como excessivo o número de testemunhas.

A preparação da prova testemunhal implica para as partes o dever de providenciarem e trocarem entre si um depoimento escrito de cada uma das testemunhas que pretendem indicar, bem como um depoimento delas próprias sobre os factos (CPR 32.2 e 32.4). As declarações das partes, desde que corroboradas por *statement of truth*, [CPR 22.1(a)] constituem prova relevante [CPR 22.2 (1)(b)].

O depoimento escrito limita o futuro depoimento oral em audiência, sendo que a referência a qualquer matéria não constante do primeiro carece do consentimento do juiz [CPR 32.5(3)(4)], bem como só pode ser ouvido em audiência o depoimento antes reduzido a escrito e do conhecimento da parte contrária (CPR 32.10).

Perante dificuldades relativas à apresentação do depoimento escrito de alguma testemunha, é possível a apresentação de um resumo do depoimento ou, não existindo o mesmo, a apresentação de um elenco dos temas sobre os quais vai recair o depoimento oral [CPR 32.9 (1)(2)].

São também as partes que escolhem e indicam os respetivos peritos. No entanto a prova pericial carece de autorização do tribunal [CPR 35.4 (1) a (3)]¹⁴⁴, o qual pode limitar o recurso a peritos e propor acordo para a nomeação de perito único¹⁴⁵.

Os peritos têm o dever de auxiliar a justiça acima dos interesses de qualquer das partes que os indiquem [CPR 35.3(1)e(2)] e podem estabelecer ligação direta com o tribunal [CPR 35.14(1)]. De tudo resulta uma preocupação em assegurar a independência e a imparcialidade técnica dos peritos¹⁴⁶. Não obstante os peritos são denominados como testemunhas¹⁴⁷.

Mais uma vez sem paralelo no sistema português a apresentação da prova documental no processo inglês envolve a troca de informação prévia entre as partes, havendo o dever de revelação de todos os documentos que possuam ou de que tenham conhecimento com importância para a decisão da causa (CPR 31.8). Esta revelação, apelidada de *disclosure*, é um veículo de informação e de igualização das partes, permitindo a cada uma delas preparar a sua posição em reciprocidade e evitar surpresas em julgamento que reduzam a possibilidade de contraponto oportuno.

Para concretização da *disclosure* as partes devem elaborar uma lista dos documentos que é notificada às restantes [CPR 31.10(3)].

¹⁴⁴ Mariana França Gouveia, Nuno Garoupa e Pedro Magalhães, (coord.) *Justiça Económica em Portugal: Produção de Prova*, 2012, p. 60.

¹⁴⁵ Neil Andrews, *O Moderno Processo Civil, formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier, 2010, p. 57; Paula Loughlin & Stephen Gerlis, *Civil Procedure*, 2004, p. 465.

¹⁴⁶ Stuart Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure*, 2006, p. 343.

¹⁴⁷ Paula Loughlin & Stephen Gerlis, *Civil Procedure*, 2004, p. 456.

A *disclosure* respeita a um conjunto delimitado de documentos (CPR 31.5 e 6), o que é identificado como *standard disclosure*, mas também é facultada às partes a possibilidade de requerem a apresentação de um documento ou grupo de documentos em especial (CPR 31.12).

As partes interessadas na consulta dos documentos devem solicitar a sua apresentação, o que deverá ser facultado pela parte com acesso ao documento, à exceção daqueles relativamente aos quais foi invocada a existência de sigilo (CPR 31.3 e 31.15). A violação deste dever de exibição pode levar a que os documentos em causa não sejam considerados como prova ou ainda à rejeição de articulado da parte faltosa.

Na sequência da análise dos documentos a parte interessada deve proceder à seleção dos mesmos no sentido de ficarem a constar do processo apenas aqueles que sejam relevantes como meio de prova.

Na fase intermédia do processo sobre a qual nos debruçamos surgem com especial amplitude e nitidez os poderes de gestão do juiz.

A organização do processo tem na sua base a ideia de gestão com três funções principais: viabilizar as soluções consensuais; a rapidez e eficiência do procedimento; e uma repartição proporcional dos recursos judiciais¹⁴⁸ [CPR 1.4 (2), 3.1 (2)].

É posta em evidência a função dos juizes de compatibilizarem os casos aos meios disponíveis e de definirem as questões essenciais e prioritárias, nelas centrando a sua ação bem como a das partes.

3.2.1 Formas de tramitação

Neste contexto de gestão e após uma fase de exposição escrita comum às várias formas de processo, segue-se uma organização em torno de três vias de tramitação, à exceção do procedimento simplificado da CPR *Part 8*, a que já fizemos referência, relativo a ações onde não há uma controvérsia substancial de factos¹⁴⁹. Os critérios que presidem à distinção das formas de tramitação são essencialmente o valor e o grau de complexidade¹⁵⁰, tendo em conta a informação recolhida junto das partes através de questionário¹⁵¹. Referimo-nos às *small claims track*, *fast track* e *multi-track*.¹⁵²

A *small claims track* destina-se a pequenos litígios, de baixo valor, que permitam uma resolução simples e pouco dispendiosa. O limite de valor é em regra de dez mil libras [CPR 26.6(3)] mas a própria natureza do litígio, independentemente do valor, pode determinar a

¹⁴⁸ Neil Andrews, *O Moderno Processo Civil, formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier, 2010, p. 73; Paula Loughlin & Stephen Gerlis, *Civil Procedure*, 2004, p. 101; Stuart Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure*, 2006, p. 153.

¹⁴⁹ Stuart Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure*, 2006, p. 214.

¹⁵⁰ CPR 26.8

¹⁵¹ Neil Andrews, *O Moderno Processo Civil, formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier, 2010, p. 63, 64; Paula Loughlin & Stephen Gerlis, *Civil Procedure*, 2004, p. 226; Stuart Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure*, 2006, p. 153.

¹⁵² CPR 26.1(2).

inadequação desta forma de tramitação, se tivermos em consideração que uma ação de indemnização por despejo ilegal nunca pode seguir esta forma de tramitação¹⁵³ [CPR 26.7(4)].

Uma segunda via de tramitação, a *fast track* (CPR 28), destina-se a causas igualmente pouco complexas e que não ultrapassem o valor de 25 mil libras. No entanto, a *fast track* implica uma maior abrangência dos meios de prova a ser utilizados, em paralelo com uma maior amplitude dos poderes de gestão do juiz. Com um grau de exigência de organização dos seus elementos superior ao da *small claims track*, na *fast track*, na fase intermédia do processo, devem ser determinados os atos tendentes à delimitação das questões que se levantam na ação, bem como à análise e seleção da prova a produzir. Para tanto o juiz pode dar instruções cuja verificação do cumprimento, em data anterior à do julgamento, é feita através da distribuição às partes de um questionário que estas devem devolver preenchido com as informações necessárias (CPR 28.5). Após cumprimento de todos os atos e diligências deve ser marcada a audiência [CPR 28.6(1)].

Por último temos a mais elaborada das formas de tramitação processual, a *multi-track*, aplicável onde não o sejam as formas anteriores e para litígios cujo valor ultrapasse em regra as 25 mil libras [CPR 26.6(6)]. Mas também pode ser a natureza do litígio a determinar este modelo de tramitação se tivermos em conta que ações de negligência médica e questões de interesse público são submetidas à *multi-track*.¹⁵⁴

Seja pelo valor ou pela relevância das questões envolvidas, estaremos perante causas de maior grau de complexidade, onde tendencialmente se verifica um maior número de diligências de análise e seleção da prova e de questões a decidir, pelo que paralelamente também surge com mais abrangência a vertente da gestão processual (PD 29 parágrafo 3.2). Em conformidade vamos encontrar na *multi-track* as *case management conferences*, audiências onde se cumprem finalidades como a de verificação de se encontrarem cumpridas as instruções dadas no caso, de tentativa de conciliação, apresentação de documentos e correção de articulados, entre outras [CPR 29.2, 1(b)(i) e 29.3(a)].

Na *case management conference* cada uma das partes deve apresentar elementos destinados à organização do processo em função de critérios de rentabilidade e eficiência. A título exemplificativo, os documentos base desta audiência no *Commercial Court* (CPR 58.13) de Londres são: uma síntese da causa que mereça a concordância das partes; uma enumeração das questões relevantes de facto e de direito igualmente com indicação das que merecem opinião convergente das partes; exposição de cada uma das partes enumerando as respetivas posições face à *disclosure* e indicação da restante prova com uma previsão da duração do julgamento; uma exposição por acordo entre as partes relativa à possibilidade ou

¹⁵³ Mariana França Gouveia, Nuno Garoupa e Pedro Magalhães, (coord.) *Justiça Económica em Portugal, O Sistema Judiciário, sistema processual, organização judiciária e profissões forenses*, 2012, p. 77, disponível em <https://ffms.pt> (cons. 17.01.2013).

¹⁵⁴ Mariana França Gouveia, Nuno Garoupa e Pedro Magalhães, (coord.) *Justiça Económica em Portugal, O Sistema Judiciário, sistema processual, organização judiciária e profissões forenses*, 2012, p. 78, disponível em <https://ffms.pt> (cons. 17.01.2013).

impossibilidade de utilização de meios alternativos de resolução de conflitos; plano de gestão do processo apresentado por escrito pelo autor¹⁵⁵[PD 58 parágrafo 10,8 (3)(E)].

O juiz deve participar da análise das questões com os advogados e fazer um agendamento dos atos a praticar no processo, marcando data para verificação do cumprimento da agenda. O juiz pode sugerir às partes que utilizem os meios de resolução alternativa de litígios e determinar a suspensão do processo para esse fim, CPR 26.4 (3) ou para outras negociações de acordo entre as partes, CPR 3.1 (2) (f), CPR 26.4 (1) (2). O juiz deve ainda decidir todas as questões que já possam ser apreciadas e das quais dependa o futuro andamento do processo, quer na totalidade, quer parcialmente, quer ainda as que consubstanciem um pressuposto de outras questões existentes na ação. Exemplo destas questões preliminares será o instituto da prescrição¹⁵⁶.

No sentido da gestão ativa dos processos também vamos encontrar a *pre-trial review*, audiência que se realiza após resposta ao questionário do tribunal pelas partes, para preparação e calendarização dos atos a realizar na audiência de julgamento e também para preparação da prova [CPR 29.3(1)(b) e 29.8].

A *pre-hearing review* segue assim a mesma matriz de eficiência direcionada à audiência de julgamento. O juiz pode definir a agenda dos atos a praticar e dar orientações quanto ao andamento do processo¹⁵⁷.

Cumpridos os requisitos elencados deve ser definida a data para realização da audiência de discussão e julgamento. Para esta marcação existem dois métodos: estipulação de uma data fixa em momento largamente anterior ao dia previsto para a realização da audiência, ou marcação de um período de tempo dentro do qual a mesma poderá ter início designado por *trial window*. Na forma *multi-track* que pode em traços largos ser reconduzida ao processo ordinário português, este agendamento deve ser efetuado tão cedo quanto possível CPR 29.2(2), nomeadamente na primeira *case management conference*, mas podendo também ter lugar em momento posterior¹⁵⁸.

3.2.2 Questões Preliminares

No âmbito dos poderes de gestão cabem outras responsabilidades para além da perspetiva estritamente atinente à tramitação do processo mas que nesta têm influência direta. Neste caso encontramos a faculdade atribuída ao tribunal de decidir a continuidade da ação em função de uma decisão sobre questão preliminar [CPR 3.1(2)(I)]. Porque assim, ainda antes da atividade probatória podem as partes requerer que o juiz se pronuncie sobre questões preliminares, objeto de decisão definitiva ou parcialmente definitiva, todas com

¹⁵⁵ Neil Andrews, *O Moderno Processo Civil, formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier, 2010, p. 77.

¹⁵⁶ Neil Andrews, *O Moderno Processo Civil, formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier, 2010, p. 114.

¹⁵⁷ Neil Andrews, *O Moderno Processo Civil, formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier, 2010, p. 77; Stuart Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure*, 2006, p. 425.

¹⁵⁸ Stuart Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure*, 2006, p. 421.

relevância para o futuro andamento do processo. Exemplo de decisão definitiva será a invocação de prescrição. Uma questão preliminar reporta-se ao mérito ou à substância do litígio¹⁵⁹.

3.2.3 Julgamento sumário

Também em momento anterior ao da realização da audiência de julgamento qualquer das partes pode chegar ao entendimento de que a contraparte não reuniu elementos suficientes para a prolação de uma decisão favorável. Nestas circunstâncias, com base em provas documentais que podem corresponder ao depoimento escrito de testemunhas, a realização de um julgamento sumário traduz um ganho de tempo e uma redução de despesas¹⁶⁰ – CPR Part 24.

O julgamento sumário também pode ter lugar por iniciativa do próprio tribunal (CPR 24.2), para decisão total ou apenas de uma questão, se o tribunal entender que a pretensão do autor não tem viabilidade, que a defesa do réu não é suficiente para impedir a pretensão do autor, ou que por diverso motivo não se justifica a realização de julgamento¹⁶¹.

No julgamento sumário a decisão pode ser no sentido de fazer seguir a ação para julgamento final se a parte cumprir determinada condição. A condição imposta pode consistir no pagamento de determinada quantia em dinheiro, ou na melhor configuração da *claim*, ou da *defense*, conforme for o caso, o que se não for cumprido pode levar à rejeição ou indeferimento da *claim* e à não consideração dos *statement of case*, (PD 24 parágrafos 4 e 5.2).

3.2.4 Rejeição de articulados

O tribunal, a solicitação das partes ou por sua própria iniciativa, pode ainda rejeitar articulados, do autor ou do réu, se estes não apresentarem fundamentação adequada à interposição da ação ou à apresentação da defesa, se o articulado representar um abuso do processo, se gerar entrave ao regular andamento da ação, ou se deixar de cumprir uma regra ou instrução prática, (CPR 3.4 e PD 3A).

A rejeição dos articulados pode ser usada como sanção para o incumprimento de uma ordem do tribunal [CPR 3.4 (2) c)].

¹⁵⁹ Neil Andrews, *O Moderno Processo Civil, formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier, 2010, p. 114.

¹⁶⁰ Neil Andrews, *O Moderno Processo Civil, formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier, 2010, p. 115; Paula Loughlin & Stephen Gerlis, *Civil Procedure*, 2004, p. 345; Stuart Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure*, 2006, p. 235.

¹⁶¹ “Entering summary judgment is a related procedure, and is used where a purported defence can be shown to have no real prospect of success and there is no other compelling reason why the case should be disposed of at trial”.

“The procedure for entering summary judgment is not limited to use by claimants against defendants. Defendants may apply for summary judgment to attack weak claims brought by claimants. Further, summary judgment can be used by the court of its own initiative to perform the important function of stopping weak cases from proceeding. The procedure can also be used for the purpose of obtaining a summary determination of some of the issues in a case, thereby reducing the complexity of the trial.” Maurice Kay, *Blackstone’s Civil Practice The Commentary*, 2012, p. 515.

Perante a falta de fundamento da petição inicial ou da defesa o tribunal pode optar por recusar os articulados em vez de proceder à realização de julgamento sumário. O objetivo de ambos os procedimentos é o de evitar a continuidade de ações inviáveis e ambos não carecem da apresentação de prova em julgamento.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no caso *Osman v United Kingdom* (1998)¹⁶², criticou a atuação dos tribunais ingleses de rejeição de articulados por falta de fundamentação, enquadrando-a em violação do art. 6º da Convenção por negação de acesso ao direito. No entanto, em casos posteriores, como no *TP v United Kingdom* (2001)¹⁶³ e *Z v United Kingdom* (2001)¹⁶⁴ o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem entendeu não haver violação do acesso à justiça se a decisão de rejeição for tomada depois de ser facultada às partes a possibilidade de apresentação de todos os factos relevantes para análise e decisão da causa.¹⁶⁵

3.3 Fase de julgamento

Na forma de tramitação adequada aos litígios mais simples, *small claims track*, desde que obtido o assentimento das partes é possível a dispensa da audiência de julgamento (CPR 27.10).

Ainda neste modelo de tramitação, como consequência da simplicidade do litígio e da não obrigatoriedade de constituição de advogado¹⁶⁶ [PD 27 3.2(1)], os atos a praticar na audiência revelam-se mais acessíveis em comparação com as outras duas formas de processo. O tribunal pode adotar o método que entender mais adequado à audiência, que será informal, não se aplicam as regras estritas da prova, as provas não carecem de ser prestadas sob juramento e o tribunal pode limitar o interrogatório das testemunhas (CPR 27.8).

Independentemente do carácter informal a decisão deve ser sempre fundamentada, [CPR 27.8 (6)].

¹⁶² *Osman v United Kingdom* (1998) 29 EHRR 245.

¹⁶³ *TP v United Kingdom* (2001) 2 FLR 549.

¹⁶⁴ *Z v United Kingdom* (2001) 2 FLR 612.

¹⁶⁵ “Convention rights may also be relevant where claims are struck out on the ground that there is no cause of action. This question has arisen in the context of claims against public authorities in negligence. In *Osman v United Kingdom* (1998) 29 EHRR 245 the ECHR held that it was a breach of the applicant’s art. 6(1) right of access to a court to strike out a negligence claim on the basis that the imposition of a duty of care would not be fair, just or reasonable. However, in its more recent judgments in *TP v United Kingdom* (2001) 2 FLR 549 and *Z v United Kingdom* (2001) 2 FLR 612 the Court effectively overruled *Osman* and held that there was no violation of the right of access to a court in such cases.”

“Although *Osman* can no longer be regarded as correct, the effect of English decisions since *Osman* is that some cases which might previously have been the subject of a strike-out application will instead have to proceed to trial (see *Barrett v Enfield London Borough Council* (2001) 2 AC 550).” Maurice Kay, *Blackstone’s Civil Practice The Commentary*, 2012, p. 1513.

¹⁶⁶ Mariana França Gouveia, Nuno Garoupa e Pedro Magalhães, (coord.) *Justiça Económica em Portugal, O Sistema Judiciário, sistema processual, organização judiciária e profissões forenses*, 2012, p. 105,106, disponível em <https://ffms.pt> (cons. 17.01.2013)

Pode ocorrer julgamento à revelia se o réu deixar de apresentar o comprovativo da citação ou não juntar qualquer defesa, [CPR 10.2, 12.1, 12.3 e 15.3]. No entanto, certas categorias de ação não admitem julgamento à revelia, [CPR 12.2, PD (12) 1.2]. Ainda que haja lugar a julgamento à revelia, dentro de prazo que não seja considerado excessivo o réu pode vir pôr em causa a decisão assim tomada, de modo fundamentado e o tribunal pode revogar a sentença (CPR 13.3).

Centrando a nossa atenção nos modelos da *fast track* e da *multi-track* verificamos um maior formalismo¹⁶⁷ e mais uma vez um desenrolar do procedimento pautado pelos poderes de gestão do juiz, designadamente as circunstâncias em que a audiência pode ser adiada [PD 28 parágrafo 5.4 e PD 29 parágrafo 7.4].

A audiência de instrução e julgamento, comumente realizada com juiz singular e sem intervenção de jurados, apresenta a seguinte sequência: abertura pelos advogados com exposição oral; inquirição das testemunhas do autor no caso de os depoimentos escritos não serem considerados suficientes, CPR 32.5 (2); contra interrogatório das testemunhas do autor pelo advogado do réu; reinquirição das testemunhas do autor; inquirição das testemunhas do réu também apenas no caso de não terem sido considerados bastantes os respetivos depoimentos escritos; contra interrogatório das testemunhas do réu pelo advogado do autor; reinquirição; alegações finais do advogado do réu; alegações finais do advogado do autor; sentença; decisão sobre custas¹⁶⁸. Na hipótese, rara em processo civil¹⁶⁹, de julgamento com intervenção de jurados (CPR 26.11), no momento subsequente às alegações finais do advogado do autor seguem-se as instruções ao júri¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Mariana França Gouveia, Nuno Garoupa e Pedro Magalhães, (coord.) *Justiça Económica em Portugal, O Sistema Judiciário, sistema processual, organização judiciária e profissões forenses*, 2012, p. 106, disponível em <https://ffms.pt> (cons. 17.01.2013)

¹⁶⁸ Neil Andrews, *O Moderno Processo Civil, formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier, 2010, p. 188.

¹⁶⁹ O julgamento com júri é atualmente objeto de várias críticas, onde sobressaem os argumentos de que a respetiva decisão não é fundamentada, de que o julgamento demora consideravelmente mais tempo do que o processado perante o juiz e de que é elevado o risco de os jurados não chegarem a um veredicto pela maioria necessária. Maurice Kay, *Blackstone's Civil Practice The Commentary*, 2012, p. 901.

Neil Andrews, *O Moderno Processo Civil, formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier, 2010, p. 186,187, nota 6.

¹⁷⁰ Neil Andrews, *O Moderno Processo Civil, formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier, 2010, p. 188, nota 19.

III - O PROCESSO CIVIL AMERICANO

1. Introdução

A Constituição americana de 1787 consagra o princípio da separação de poderes a par de uma organização política em Estados Federados, fator de multiplicação de todas as estruturas do poder executivo, legislativo e judicial.

Cada um dos Estados que compõe os EUA tem o seu governo, as suas leis e os seus tribunais, em justaposição com a estrutura federal da União, onde se encontra o poder executivo do Presidente, o poder legislativo do Congresso e o poder judicial do Supremo Tribunal e dos tribunais inferiores nos termos designados pelo Congresso¹⁷¹.

O sistema jurídico comporta o direito federal, onde encontramos a Constituição e as leis federais e o direito estadual dos cinquenta Estados, com relevantes diferenças entre si. O sistema judiciário, paralelamente, desdobra-se em tribunais federais e tribunais estaduais.

As características ou os elementos distintivos do processo judicial nos EUA resultam em parte desta forma de organização e da sua articulação com o princípio da separação de poderes¹⁷². O equilíbrio entre a distribuição dos poderes faz-se através de um complexo de fiscalização mútua, o sistema de “freios e contrapesos”¹⁷³ - “*checks and balances*”.

Se o poder judicial pode controlar a atividade legislativa e administrativa, o poder legislativo e o executivo também podem influenciar o poder judicial, entre outros pelo sistema de nomeação dos juizes federais¹⁷⁴.

Nos Estados Unidos não há carreira profissional de juiz e estes começam por destacar-se na atividade política.

Os juizes estaduais são na sua maioria eleitos e é precisamente a notoriedade política que lhes confere visibilidade perante os eleitores ou perante as autoridades que os nomeiam, em alguns casos o Governador¹⁷⁵.

Nesta confluência ou sobreposição de formas de organização social e política, o sistema legal apresenta duas importantes características; uma base na *common law* e um papel preponderante do processo – *adversarial process* - caracterizado por uma passividade do juiz e do tribunal em contraposição a uma ampla atividade das partes adversárias, característica que assume maior relevo na área do direito civil a que nos reportamos¹⁷⁶. A passividade do juiz contrapõe-se à orientação e direção do processo pelas partes através dos seus advogados. Estes últimos, designados por *attorney's*, têm um papel dominante ou de liderança do processo. São responsáveis pela investigação dos factos e pela apresentação da

¹⁷¹ Artigo III, Secção 1 da Constituição dos Estados Unidos.

¹⁷² Herbert Jacob, *Courts Law & Politics in Comparative Perspective*, 1996, p. 20.

¹⁷³ Dário Moura Vicente, *Direito Comparado, Introdução e Parte Geral*, 2011, Volume I, p. 302.

¹⁷⁴ Dário Moura Vicente, *Direito Comparado, Introdução e Parte Geral*, 2011, Volume I, p. 303.

¹⁷⁵ Herbert Jacob, et al *Courts Law & Politics in Comparative Perspective*, 1996, p. 19; Dário Moura Vicente, *Direito Comparado, Introdução e Parte Geral*, 2011, Volume I, p. 333.

¹⁷⁶ Herbert Jacob, et al *Courts Law & Politics in Comparative Perspective*, 1996, p. 23,24.

informação que considerem ser relevante. Também podem controlar o andamento do processo, rápido ou lento, em função dos interesses em jogo. São ainda os advogados que revelam os factos da causa, que oferecem a prova, que procedem à apresentação e inquirição das testemunhas e ao contra interrogatório das testemunhas indicadas pela contraparte¹⁷⁷.

Num julgamento com júri, perante este predomínio das partes o juiz exerce funções de supervisão e representa um elemento de equilíbrio e orientação. Verifica se as partes e os seus advogados respeitam as regras do jogo¹⁷⁸.

2. Sistema judiciário

A Magna Carta inglesa, de 1215, está na origem do *due process*, através da consagração de que nenhum homem será preso, esbulhado, banido, exilado ou destruído seja de que forma for, nem contra ele será desenvolvida qualquer ação, sem julgamento legal pelos seus pares ou pela lei da terra¹⁷⁹. A expressão “pela lei da terra”, “*by the law of the land*”, originariamente escrita em latim, terá sido traduzida para inglês com o significado de “processo devido”: “*by due process of the law*”¹⁸⁰. No séc. XVII a interpretação do *due process* já traduzia os direitos e liberdades dos ingleses consagrados pelo costume¹⁸¹.

Por alteração da quinta emenda à Constituição dos EUA esta consagra hoje que nenhuma pessoa será privada da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal: “*deprived of life, liberty or property without due process of law*”¹⁸².

A previsão constitucional do *due process* comporta uma dimensão substantiva e uma dimensão processual¹⁸³. A primeira ao proteger direitos individuais fundamentais, a segunda ao estabelecer que para obtenção de resultados ao nível da administração da justiça o processo adequado é essencial.

Para resolução de litígios privados as regras do *due process* garantem que o tribunal tem jurisdição sobre os sujeitos, que o réu tomou conhecimento da ação e que as partes tiveram a mesma oportunidade de produzir prova e de expor os argumentos tendentes à elaboração da decisão¹⁸⁴.

Direito fundamental no processo americano ao nível dos *trial courts*¹⁸⁵ - tribunais destinados à resolução das controvérsias que aí são apresentadas pela primeira vez, mediante

¹⁷⁷ Peter Hay, *Law of the United States. An Overview*, Munique, 2002, p. 47.

¹⁷⁸ Peter Hay, *Law of the United States. An Overview*, Munique, 2002, p. 47.

¹⁷⁹ Frank A. Schubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 2004, p.31.

¹⁸⁰ Cit. por Frank A. Schubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 2004, p. 31.

¹⁸¹ Frank A. Schubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 2004, p. 31.

¹⁸² Artigo V da Constituição dos EUA.

¹⁸³ Frank A. Schubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 2004, p.42; Peter Hay, *Law of the United States. An Overview*, Munique, 2002, p. 32,33

¹⁸⁴ Frank A. Shubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 2004. p. 52; Peter Hay, *Law of the United States. An Overview*, Munique, 2002, p. 47, 48.

¹⁸⁵ Numa classificação relativa à função dos tribunais, quer estaduais quer federais, os trial courts opõem-se aos appellate courts, cuja função é de recurso para revisão das decisões finais tomadas pelos trial courts. Esporadicamente em alguns Estados também é admitido o recurso de decisão interlocutória. Nos appellate courts não há lugar a produção de prova e a nova argumentação de

audição das partes, determinação dos factos e aplicação do direito, *original jurisdiction* – é o de escolha entre um tribunal de júri ou constituído por juiz singular, *bench trial*.

No tribunal de júri a responsabilidade pela elaboração da decisão e pelos atos tendentes à mesma está repartida entre o juiz e o júri, num equilíbrio de poderes. O júri avalia a prova e determina quais os factos provados, pronunciando um veredicto sobre as questões controvertidas e o juiz, por seu turno, pronuncia-se sobre puras questões de direito¹⁸⁶.

O juiz supervisiona todo o processo, determina quais as provas que podem ser admitidas, orienta os jurados sobre o ónus da prova que impende sobre as partes e faculta ao júri as instruções necessárias para que este cumpra a sua função de aplicar a lei aos factos¹⁸⁷. Relembrando o que dissemos acerca das características do *adversarial process*, no tribunal do júri o juiz explica as regras do jogo e exerce vigilância sobre o respetivo cumprimento, exercendo uma função de supervisão.

Perante a sobreposição de sistemas judiciais, federal e estaduais, é relevante a definição de jurisdição e lei aplicável por cada um deles.

A organização judicial ao nível estadual é bastante variável, mas sendo a matriz predominante a *common law*, o modelo mais comum é o de uma estrutura hierárquica com as seguintes características: na base da hierarquia encontram-se tribunais de pequenas causas, de jurisdição limitada pela matéria e pelo território, designados por tribunais inferiores; no segundo escalão situam-se tribunais especializados e tribunais de jurisdição genérica, todos tribunais de primeira apreciação, da prova dos factos e do direito aplicável, os *trial courts*; no terceiro nível um tribunal de recurso, similar ao Supremo Tribunal dos EUA que aprecia as decisões dos tribunais inferiores em última instância. Em alguns casos há um tribunal de recurso intermédio, entre os *trial courts* e o Supremo Tribunal do Estado.¹⁸⁸

A jurisdição é o poder do tribunal para decidir o mérito do diferendo que é submetido à sua apreciação pelas partes e é uma questão prioritária em relação às que se coloquem no decurso do processo¹⁸⁹. O tribunal terá jurisdição quando beneficie de poder sobre a matéria e sobre as partes, ou sobre a propriedade objeto da causa. O próprio tribunal afere da conformidade da sua jurisdição e esta, uma vez determinada, mantém-se, mesmo perante alteração de domicílios. Quando mais do que um tribunal tem jurisdição para o caso, o primeiro a exercê-la mantém-na até à conclusão do processo¹⁹⁰.

direito. A decisão é tomada apenas com base nos factos e nos argumentos recolhidos no tribunal inferior.

¹⁸⁶ Peter Hay, *Law of the United States. An Overview*, Munique, 2002, p. 81.

¹⁸⁷ Frank A. Schubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 2004, p. 119; Oscar G. Chase, et al *Civil Litigation in Comparative Context*, 2007, p. 270; Peter Hay, *Law of the United States. An Overview*, Munique, 2002, p. 80,81;

¹⁸⁸ Frank A. Schubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 2004, p. 121, 122.

¹⁸⁹ Frank A. Schubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 2004, p. 122; Jack H. Friedenthal, et al “Civil Procedure”, 10th Ed., Ch. 1.B in *Federal Rules of Civil Procedure*, 2011-2012 Educational Edition, p. XIV, XV; Peter Hay, *Law of the United States. An Overview*, Munique, 2002, p. 54.

¹⁹⁰ Frank A. Schubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 2004, p. 122.

O sistema judiciário federal comporta tribunais de jurisdição limitada pelo Congresso, não especializados, os *district courts*, que são no sistema federal o equivalente aos *trial courts* estaduais, tribunais para primeira apreciação e decisão da causa, com produção de prova e argumentação de direito; os *courts of appeals* que funcionam como instância de recurso intermédia; e o Supremo Tribunal dos EUA, *U.S. Supreme Court*, última instância federal e estadual para as ações que envolvam questões federais¹⁹¹.

No sistema federal existem ainda tribunais especializados para ações intentadas contra o Estado, *U.S. Court of Federal Claims*; para ações relativas à revisão de decisões de departamentos do Estado, *U.S. Tax Court*; para ações cíveis relativas ao comércio internacional, *U.S. Court of International Trade*; para falências, *Federal Bankruptcy Court*; para assuntos militares, *Military Tribunals*; e uma instância de recurso para questões militares, *Court of Appeals for the Armed Forces*¹⁹².

A jurisdição do *U.S. Supreme Court* deriva diretamente da Constituição dos EUA (Artigo III, Secção 1) e a dos restantes tribunais federais deriva dos termos definidos pelo Congresso, no que representa um compromisso perante a independência de cada Estado.

Enquanto os tribunais estaduais possuem jurisdição para todas as questões que não possam ser adjudicadas aos tribunais federais, estes apenas têm jurisdição nos termos consignados pelo Congresso, por desígnio da Constituição.

A jurisdição sobre a matéria dos *district courts* é delineada pelo Congresso nos limites da soberania de cada Estado federado e a jurisdição destes tribunais sobre as partes, *in personam jurisdiction*, é fundada no *due process clause*, assim como no caso dos tribunais estaduais, no sentido de ser respeitado o direito do réu a prever a instauração de uma ação contra si e a organizar eficazmente a sua defesa¹⁹³.

Nas ações respeitantes a disputas entre privados, *civil actions*, os tribunais federais têm jurisdição sobre duas categorias de diferendos: os emergentes ou incidentes na Constituição, leis ou tratados dos EUA; e os relativos a cidadãos de Estados diferentes, ou envolvendo cidadãos de um Estado e cidadãos estrangeiros, quando o valor envolvido na ação seja superior a \$ 75,000, setenta e cinco mil dólares¹⁹⁴.

A cidadania das pessoas singulares afere-se pelo Estado do domicílio e a das pessoas coletivas pelo Estado onde estão sediadas e pelo Estado onde desenvolvem mais amplamente a respetiva atividade.

¹⁹¹ Frank A. Schubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 2004, p. 137; Peter Hay, *Law of the United States. An Overview*, Munique, 2002, p. 48.

¹⁹² Frank A. Schubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 2004, p. 137; Peter Hay, *Law of the United States. An Overview*, Munique, 2002, p. 48.

¹⁹³ Frank A. Schubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 2004, p. 139, em referência ao caso *Marathon Oil Company v. A. G. Ruhrgas*, nº 96-20361, U.S. Court of Appeals, Fifth Circuit, June 22, 1998.

¹⁹⁴ Peter Hay, *Law of the United States. An Overview*, Munique, 2002, p. 49, 50.

A existência de tribunais estaduais e federais com áreas de jurisdição sobrepostas cria a possibilidade de o autor, *plaintiff*, escolher entre ambos. No entanto, os tribunais federais têm declinado o exercício da jurisdição em matérias como divórcio, regulamentação do poder paternal e sucessões¹⁹⁵.

A escolha, pelo autor, entre a jurisdição estadual ou federal pode basear-se numa enorme variedade de critérios. Desde os mais abrangentes, relativos a questões sociais e económicas, aos mais específicos, relativos à orientação das decisões dos tribunais de opção e ao conhecimento que estes possam ter quanto às partes envolvidas. A base de escolha pode ainda ser a própria estrutura ou regras do processo em cada uma das jurisdições.

Para além desta escolha do autor pode também o réu, quando citado para ação proposta no tribunal estadual, ter o direito, dentro de certos limites previstos em leis federais¹⁹⁶, a solicitar a remessa do processo para o tribunal federal¹⁹⁷.

Quando o tribunal federal aprecia e decide uma ação cuja jurisdição também pode pertencer ao tribunal estadual, *diversity jurisdiction*, a orientação quanto à lei aplicável resulta de uma decisão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos de 1938, conhecida como “*Erie doctrine*”¹⁹⁸. Esta decisão concluiu no sentido de dever ser aplicável a lei do Estado com jurisdição sobre a causa, assim como para questões federais deve ser aplicada a lei federal.

No que respeita ao processo os tribunais federais aplicam a lei federal, *Federal Rules of Civil Procedure*¹⁹⁹.

3. Marcha do processo

As raízes do processo civil americano encontram-se nos institutos da *common law* e da *equity*²⁰⁰.

A atividade dos tribunais reais ingleses após a invasão normanda, em 1066, com recurso aos costumes locais e a jurados para decisão dos factos, é a base do tribunal do júri consagrado pela Constituição dos EUA.

Mas a rigidez formal inerente à *common law* e à *equity*, «*no writ, no right*»²⁰¹, e a inadequação destes institutos ao ativismo da sociedade americana em profunda reestruturação desde o séc. XVIII, levaram à fusão e descaracterização destas figuras nos EUA, num movimento de reforma do processo.

¹⁹⁵ Frank A. Schubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 2004, p.141.

¹⁹⁶ O capítulo 89 do *Title 28, United States Code, Judiciary and Judicial Procedure*, estabelece as regras relativas à transferência do processo para o tribunal federal sob a epígrafe *District Courts; Removal of Cases from State Courts*.

¹⁹⁷ Frank A. Schubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 2004, p. 145.

¹⁹⁸ Peter Hay, *Law of the United States. An Overview*, Munique, 2002, p. 93 em referência ao caso *Erie Railroad v. Tomkins*, 304 U.S. 64, 58 S.Ct.817, 82 L. Ed. 1188 (1938).

¹⁹⁹ Frank A. Schubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 2004, p. 148; Peter Hay, *Law of the United States. An Overview*, Munique, 2002, p. 94.

²⁰⁰ Peter Hay, *Law of the United States. An Overview*, Munique, 2002, p. 3.

²⁰¹ Dário Moura Vicente, *Direito Comparado, Introdução e Parte Geral*, 2011, Volume I, p. 248.

Em 1848 foi aprovado o Código de Processo Civil para o Estado de Nova Iorque²⁰² que visou a criação de um único sistema e a abolição de formas de ação. A maioria dos Estados viria a aprovar códigos de processo que consagraram a mesma orientação.

A Guerra Civil Americana (1861 a 1865) trouxe consequências ao nível da organização judiciária. A décima quarta emenda à Constituição alargou a cláusula do *due process*, tornando-a aplicável aos tribunais estaduais e federais e o processo civil de cada Estado ficou sujeito aos níveis de justiça e equidade estabelecidos pelo Supremo Tribunal dos EUA. Ainda que em reduzida escala o processo estadual federalizou-se²⁰³. Por outro lado, tendo o Congresso mais poderes para legislar sobre matérias económicas, a jurisdição civil dos tribunais federais foi proporcionalmente alargada e o peso da litigância aumentou.

A prática nos tribunais federais, estando normalmente de acordo com os procedimentos usados nos vários tribunais estaduais, estava dificultada pela variedade e divergência de regras a seguir. Por isso a associação dos advogados (*American Bar Association*) liderou uma campanha para uniformização de procedimentos e em 1934 o Congresso autorizou o Supremo Tribunal dos Estados Unidos a promulgar regras de uniformização para todos os *distric courts*²⁰⁴.

Com base naquelas, em 1938 são promulgadas as *Federal Rules of Civil Procedure* e a maioria dos Estados veio a modificar o respetivo processo civil de acordo com estas regras federais²⁰⁵.

Perante este movimento do processo federal e a variedade dos sistemas estaduais individualizados, encontramos no primeiro o exemplo mais abrangente e constante do processo civil americano, pelo que vão ser as *Federal Rules of Civil Procedure* a base do nosso objeto de estudo.

O escopo principal do processo é tratar as partes com imparcialidade, facultando-lhes igual oportunidade de apresentação do seu caso, para que seja obtida uma decisão eficiente e pouco onerosa (Rule 1. FRCP)

A descrição que se segue está limitada à instauração de uma ação em primeira instância (*original jurisdiction*).

Há uma única forma de processo (Rule 2. FRCP²⁰⁶).

Alguma doutrina americana apresenta a estrutura básica do processo²⁰⁷ em duas fases: *pre-trial phase* e *trial*²⁰⁸, conferindo grande relevância à primeira perante a constatação de que uma grande maioria dos processos não chega à segunda fase de julgamento.

²⁰² João de Castro Mendes, *Direito Processual Civil*, 1980, Volume I, p. 28.

²⁰³ Paul D. Carrington, "Historical Introduction", in *Federal Rules of Civil Procedure*, 2011-2012 Educational Edition, p. X.

²⁰⁴ Paul D. Carrington, "Historical Introduction", in *Federal Rules of Civil Procedure*, 2011-2012 Educational Edition, p. XI.

²⁰⁵ Paul D. Carrington, "Historical Introduction", in *Federal Rules of Civil Procedure*, 2011-2012 Educational Edition, p. XI.

²⁰⁶ O texto do artigo das FRCP é o seguinte: "Rule 2. There is one form of action – the civil action."

No entanto, perante a variedade de funções dos atos praticados no decurso da *pre-trial phase*, dividimos o processo no seu todo em três fases ou momentos processuais²⁰⁹: articulados; preparação da prova e organização do processo; e julgamento.

Na primeira sucedem-se: articulados, designados por *pleadings*; e citação, designada por *summons*.

Na segunda podem ser apresentados requerimentos para extinção do processo perante a insuficiência legal dos articulados (*motion to dismiss*); desenvolve-se a atividade das partes para obtenção de prova, inclusive junto da parte contrária (*discovery*); pode ser requerida decisão sumária perante a ausência de controvérsia sobre os factos ocorridos, ou quando os factos invocados pela parte contrária não existam (*motion for summary judgment*); e é realizada uma conferência preparatória anterior ao julgamento (*pretrial conference*), caso o processo deva seguir para audiência.

A terceira fase de julgamento inicia-se no tribunal de júri com a seleção dos jurados.

A realização da audiência, previamente agendada, começa com a apresentação oral da posição do autor e do réu pelos respetivos advogados, exposição apelidada de *opening statements*, após o que será apresentada a prova pelo autor, para o que se usa a expressão *plaintiff's case*.

Depois da produção de prova pelo autor, pode haver lugar à apresentação de um requerimento pelo advogado do réu para conclusão imediata do processo, se este pretender que o autor não reuniu a matéria substancialmente necessária à sua posição (*motion for nonsuit*).

Se o processo continuar haverá lugar à apresentação da prova pelo réu (*defendant's case*); apresentação de prova contrária pelo autor perante situações novas decorrentes da apresentação da prova do réu (*plaintiff's rebuttal*); e ainda a apresentação de prova contrária pelo réu perante as situações novas surgidas no decurso do *plaintiff's rebuttal*, designada por *defendant's rejoinder*.

²⁰⁷ Mariana França Gouveia, Nuno Garoupa e Pedro Magalhães, (coord.) *Justiça Económica em Portugal: Novo Modelo Processual*, 2012, p. 72.

²⁰⁸ "The most significant feature of the traditional structure of the first instance proceeding ("trial" stage) is that it is not divided sharply into a pre-trial and trial stage, as is the case in the Anglo American model." Oscar G. Chase, et al *Civil Litigation in Comparative Context*, 2007, p.7.

"The judicial proceeding consists of a pre-trial phase and of the trial itself." Peter Hay, *Law of the United States. An Overview*, Munique, 2002, p. 47

²⁰⁹ Frank A. Schubert identifica uma fase de procedimentos anterior à propositura da ação, a qual decorre entre o facto gerador da procura da tutela do direito, *triggering event* e a apresentação do pedido inicial do autor em tribunal. No decurso deste período o autor contacta um advogado que só será formalmente contratado depois de proceder a uma averiguação e análise da situação. Se advogado e cliente contratualizarem a prestação de serviço jurídico, o potencial réu é disso informado e também procura contratar um advogado. Os advogados, acompanhados ou não dos respetivos clientes, reúnem e aferem a possibilidade de resolução por acordo. Esta reunião toma a designação de *settlement conferences* e se o respetivo objetivo se frustra é então instaurada a ação. Veja-se Frank A. Schubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 2004, p. 158.

Terminada a sucessiva apresentação de prova pelas partes mas antes de as questões serem submetidas à apreciação do júri, cada uma das partes ou ambas podem apresentar um requerimento para que seja imediatamente proferida a decisão (*motion for directed verdict*). Ou seja, um requerimento para que seja o juiz e não o júri a decidir. O juiz só deverá deferir o requerido se a causa se apresentar como muito simples ou clara e for de considerar que qualquer pessoa média não ia discordar da decisão. Em caso de deferimento a decisão é proferida sem intervenção do júri.

Não havendo *motion for directed verdict* ou sendo este requerimento recusado, os mandatários das partes fazem um resumo da prova produzida e dirigem sugestões ao júri, designadas por *closing arguments*.

Seguem-se esclarecimentos e instruções do juiz ao júri sobre a aplicação do direito aos factos (*instructions to jury*) e o veredicto geral ou especial do júri (*jury verdict*).

Após a deliberação do júri podem ser apresentados requerimentos (*posttrial motions*) no sentido da derrogação do veredicto e realizar-se novo julgamento com novo júri (*judgment notwithstanding the verdict*), ou para reparar-se as consequências daquele (*relief from judgment*). No primeiro caso o deferimento pode ocorrer por vários fundamentos, tais como o veredicto do júri ser questionável ou verificarem-se erros na produção de provas. O *relief from judgment* é deferido perante um erro material no julgamento, provas recém-descobertas ou fraude que tenha condicionado a decisão.

A fase de julgamento termina com a decisão final de definição dos direitos em litígio, (*judgment*), verificando-se uma importante distinção entre a decisão do juiz e o *jury general verdict*, qual seja a de que este se limita aos factos e não é fundamentado²¹⁰. Para ultrapassar esta dificuldade o sistema federal americano criou outras duas formas de veredicto (Rule 49. FRCP): (i) o *special verdict*, através do qual o júri apenas se pronuncia sobre uma lista de questões de facto que lhe é apresentada pelo tribunal; (ii) o *general verdict accompanied by written interrogatories*, com o qual o tribunal instrui o júri para chegar a um veredicto geral, mas também lhe solicita respostas a uma ou mais perguntas para que os fundamentos da decisão sejam conhecidos²¹¹. Mas estas últimas formas de veredicto não são muito utilizadas e têm sido objeto de crítica, entre outras por desvirtuarem o papel do júri e por implicarem um controle do tribunal sobre o júri tido por alguns como excessivo ou inadequado²¹².

3.1. Fase de apresentação do caso

A ação começa com a apresentação junto do tribunal do primeiro articulado elaborado pelo autor, designado por *plaintiff's complaint* (Rule 3. FRCP). Neste articulado inicial, o autor justifica a jurisdição do tribunal e expõe os factos e fundamentos da sua pretensão de forma direta e sucinta.

²¹⁰ Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane, Arthur R. Miller, *Civil Procedure*, 1999, p. 549.

²¹¹ Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane, Arthur R. Miller, *Civil Procedure*, 1999, p. 550.

²¹² Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane, Arthur R. Miller, *Civil Procedure*, 1999, p. 550

O pedido pode ser alterado nos termos previstos na Rule 15. FRCP. De acordo com esta regra a parte pode corrigir o seu articulado antes, durante e após o julgamento, no sentido de o ser após a prova produzida.

Na primeira hipótese pode ser efetuada uma alteração até ao momento de apresentação da contestação, assim como todos os articulados podem ser emendados dentro do período de tempo estipulado para a resposta da parte contrária.

Para além deste prazo também está prevista a correção do articulado mediante a obtenção do consentimento escrito da contraparte ou de autorização do tribunal. O tribunal tem livres poderes de apreciação e decisão do pedido de alteração, estando apenas vinculado à melhor solução para a realização da justiça, qual seja a de correspondência entre a realidade extra e intraprocessual para boa resolução da causa.

Uma vez autorizada a alteração há lugar ao exercício do contraditório.

No que respeita ao decurso do julgamento, se uma parte levantar a objeção de que a prova não está compreendida na matéria antes alegada, o tribunal pode consentir na alteração em função da prova quando tal represente uma vantagem para a compreensão do mérito da causa e não constitua prejuízo para nenhuma das partes. O tribunal pode conceder um adiamento para que a parte opositora providencie à sua prova. Ainda, se determinada matéria não constante das alegações é expressa ou implicitamente considerada pelas partes, ela deve ser tratada em todos os aspetos como se constasse das alegações.

Após o julgamento as alegações também podem ser emendadas para que fiquem em conformidade com a prova produzida e contemplem a matéria em falta. Mas se tal não for feito, ainda assim, mantém relevância a matéria conforme ela resultar do julgamento.

A apresentação da *plaintiff's complaint* é seguida da citação, identificada pela expressão *summons*, (Rule 4. FRCP), e é por esta que se dá notícia ao réu da existência e termos da ação, com a advertência de que a falta de resposta pode levar a um julgamento à revelia, denominado por *default judgment* (Rule 54. FRCP). A citação deve realizar-se no prazo de 120 dias. Se o não for, nos termos da Rule 4. (m) FRCP a ação pode ser rejeitada, sem prejuízo de poder ser determinada a prorrogação do prazo por um período específico se o autor apresentar motivos justificativos para a não realização do ato dentro do prazo inicial.

A citação é realizada pelo autor por contacto pessoal com o réu, com recurso a uma figura de autoridade, *process server* ou *sherif*.

Uma vez citado, o réu pode começar por apresentar um requerimento destinado a invocar a insuficiência legal da *plaintiff's complaint*, dentro do prazo da contestação que é de 21 dias [Rule 12.(a) (1) (A) (i), b) e d)FRCP]. A título de exemplo os fundamentos podem ser uma alegação inicial tão vaga ou incompleta que o réu alega não compreender o respetivo sentido, o tribunal ser incompetente ou não estar corretamente feita a citação²¹³. Este

²¹³ Frank A. Schubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 2004, p. 168; Jack H. Friedenthal, et al "Civil Procedure", 10th Ed., Ch. 1.B in *Federal Rules of Civil Procedure*, 2011-2012 Educational Edition, p. XVII.

requerimento é designado por *motion to dismiss* e é decidido pelo juiz²¹⁴ em audiência sumária [Rule 12. (d) FRCP], ato que analisaremos no ponto subsequente deste trabalho.

Se o requerimento for aceite pelo tribunal, o autor terá ainda a oportunidade de alterar o articulado (*complaint*) corrigindo e eliminando erros e faltas²¹⁵.

Se o requerimento não for aceite o réu deve apresentar o seu articulado de resposta, denominado *answer*, em 21 dias. Este prazo pode ser alargado para 60 dias no caso de o réu consentir numa citação feita diretamente pelo autor, ou para 90 dias se o réu for residente fora dos EUA, [Rule 4.(d)(1) e Rule 12.(a)(1)(A)(ii) FRCP]. Neste articulado o réu deve expor de modo resumido e claro a sua defesa quanto a cada um dos pedidos contra si formulados e admitir ou negar os factos que lhe são imputados. Se for o caso também pode apresentar um pedido reconvenicional designado por *counterclaim* (Rule 13. FRCP). A *counterclaim* pressupõe que do conteúdo da ação, no essencial dos mesmos factos alegados pelo autor, resultam direitos do réu contra o autor e que não seja necessária a intervenção de outra parte sobre a qual o tribunal não possua jurisdição.

O autor poderá ainda responder, admitindo ou negando as alegações do réu no âmbito da reconvenção, por meio de novo articulado designado por *answer to a counterclaim* (Rule 7. FRCP).

Não havendo reconvenção pode ainda ter lugar um articulado do autor para resposta à contestação, o qual carece do consentimento do tribunal e é apelidado de *reply* (Rule 7. FRCP.).

Na *answer* o réu pode apresentar um pedido contra outro réu ou contra terceiro²¹⁶. Nestes casos e para a intervenção autónoma de terceiros sucedem-se *pleadings* (Rule 7., 13. e 14. FRCP) designados por *answer to a crossclaim*, *third-party complaint* e *answer to a third-party complaint*.

3.2 Fase de preparação da prova e organização do processo

Há no processo americano uma preocupação em evitar o inesperado e permitir que as partes tenham a mesma oportunidade de preparar atempada e fundadamente os factos e argumentos que sustentam as respetivas posições. É assim que desde o início do processo é facultada às partes a possibilidade de trocarem elevado número de informação relativa à matéria dos articulados com vista à preparação do julgamento. O conjunto de regras e a atuação que neste contexto possibilitam que uma parte obtenha informação da outra para descoberta dos factos relevantes designam-se por *pretrial discovery*. Pode tratar-se da

²¹⁴ Frank A. Schubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 2004, p. 168; Jack H. Friedenthal, et al "Civil Procedure", 10th Ed., Ch. 1.B in *Federal Rules of Civil Procedure*, 2011-2012 Educational Edition, p. XVII.

²¹⁵ Jack H. Friedenthal, et al "Civil Procedure", 10th Ed., Ch. 1.B in *Federal Rules of Civil Procedure*, 2011-2012 Educational Edition, p. XVII

²¹⁶ Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane, Arthur R. Miller, *Civil Procedure*, 1999, p. 302.

identificação e localização de pessoas, da existência e localização de documentos, do conhecimento de factos, de inspeção a coisas e documentos, de peritagens²¹⁷.

Os advogados, em representação das partes litigantes, podem obrigar a contraparte e ainda quem não seja parte na ação a colaborar na obtenção e preservação da prova (Rule 26., Rule 27., Rule 45. FRCP).

Há uma distinção entre o direito à obtenção da prova e o direito de uso da mesma em audiência. Através da *discovery*, como a própria expressão indicia, as partes têm grande liberdade de investigação dos factos e direito à colaboração da contraparte na revelação dos elementos de prova na sua posse. Mas nem toda a prova assim conseguida pode ser objeto de utilização em tribunal. Nomeadamente não o pode ser a que esteja a coberto do dever de sigilo ou que constitua invasão da reserva da intimidade e da vida privada. Os requerimentos de prova devem respeitar estes limites e a informação obtida deve ser relevante.

Os advogados analisam e preparam toda a prova, incluindo a possibilidade de orientação do depoimento das testemunhas.

Um dos métodos mais usados é o de recolha de depoimentos de partes e testemunhas (Rule 28. FRCP) cujo interrogatório e contra interrogatório é feito pelos mandatários das partes. Os depoimentos são recolhidos fora do tribunal, muitas vezes em salas de reunião e escritórios de advocacia e são reduzidos a escrito. Estes depoimentos destinam-se à descoberta dos factos e à análise da credibilidade e consistência da prova testemunhal, devendo ser repetidos em tribunal para terem valor de prova, salvo exceções fundamentadas, como por exemplo a morte da testemunha. A admissibilidade da prova pressupõe que o depoimento tenha sido feito sob juramento e com o conhecimento e intervenção da parte contrária²¹⁸.

Também podem ser elaborados interrogatórios para serem respondidos por escrito pelas partes e, conforme já referimos, apresentados documentos, requerida a exibição de coisas para inspeção e realizados exames médicos (Rule 34. e 35. FRCP).

Toda a prova pode ser produzida sem ordem ou intervenção do tribunal, à exceção de exames médicos²¹⁹. Em caso de discordância a parte interessada na informação pode requerer ao tribunal que ordene a produção da prova e se o tribunal der essa ordem a parte faltosa pode ser objeto de sanção (Rule 37. FRCP).

3.2.1 Rejeição dos articulados

Como já fizemos referência no ponto 3.1., após a citação o réu pode desde logo invocar insuficiência do articulado inicial, por ser de tal maneira vago e incompleto que se torna incompreensível, por o tribunal ser incompetente ou por irregularidade da citação. Esta

²¹⁷ Frank A. Schubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 2004, p. 169; Oscar G. Chase, et al *Civil Litigation in Comparative Context*, 2007, p. 214, 215; Peter Hay, *Law of the United States. An Overview*, Munique, 2002, p. 75,76.

²¹⁸ Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane, Arthur R. Miller, *Civil Procedure*, 1999, p. 436.

²¹⁹ Frank A. Schubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 2004, p. 170.

fundamentação deve ser apresentada por requerimento autônomo, designado por *motion to dismiss*, sendo decidido pelo juiz²²⁰ em audiência sumária [Rule 12. b) e d)]. Se o requerimento for aceite pelo tribunal, o autor terá ainda a oportunidade de alterar o articulado, corrigindo as deficiências e imprecisões²²¹. A invocação de insuficiências na contestação ou na réplica também pode dar lugar a uma *motion to dismiss*.

3.2.2 Julgamento sumário

Como resultado da atividade probatória para preparação da audiência, pode surgir a invocação, por qualquer uma ou ambas as partes, da desnecessidade da audiência em si por não existirem verdadeiras questões de facto a decidir, ou porque os factos constitutivos da versão da parte contrária não são prováveis ou não existem. Este requerimento é designado por *motion for summary judgment*²²² (Rule 56. FRCP).

O requerimento é acompanhado de prova dos respetivos fundamentos, mas a prática dos tribunais americanos indicia que o deferimento é dificilmente obtido em ações que envolvam questões de facto, com fundamento na possibilidade de ser posto em causa o direito das partes a um julgamento²²³. Considerando-se a escassez e pouca relevância das alegações face à importância dos factos revelados através da prova, cuja produção está condensada em julgamento, compreende-se a recusa de decisão sem audiência, uma vez que a ausência desta equivale à ausência de prova da existência ou inexistência dos factos.

3.2.3 Audiência

A fase da organização do processo, acompanhada de constante pesquisa de prova, é uma preparação da fase de julgamento. Em complemento desta preparação, o juiz pode convocar uma conferência com as partes para discussão informal acerca das várias questões emergentes da causa, *pretrial conference*.

De modo não exaustivo esta conferência tem os seguintes objetivos: delimitação das questões a decidir; alteração ou emenda de articulados; admissão de factos e documentos e eliminação de prova desnecessária; delimitação dos testemunhos com base nas regras federais de prova (*Federal Rules of Evidence*); ordenar e calendarizar eventual julgamento sumário ou diligências de prova; dar satisfação a requerimentos pendentes; adotar procedimentos especiais adequados a questões mais complexas, ordenar julgamento separado de alguma questão nos termos previstos sob a regra 42(b) das FRCP; ou outro assunto de relevo para a boa e rápida resolução da ação [Rule 16. (2) FRCP].

²²⁰ Frank A. Schubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 2004, p. 168; Jack H. Friedenthal, et al "Civil Procedure", 10th Ed., Ch. 1.B in *Federal Rules of Civil Procedure*, 2011-2012 Educational Edition, p. XVII.

²²¹ Jack H. Friedenthal, et al "Civil Procedure", 10th Ed., Ch. 1.B in *Federal Rules of Civil Procedure*, 2011-2012 Educational Edition, p. XVII

²²² Frank A. Schubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 2004, p. 168, 169; Jack H. Friedenthal, et al "Civil Procedure", 10th Ed., Ch. 1.B in *Federal Rules of Civil Procedure*, 2011-2012 Educational Edition, p. XIX; Peter Hay, *Law of the United States. An Overview*, Munique, 2002, p. 79.

²²³ Frank A. Schubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 2004, p. 169; Jack H. Friedenthal, et al "Civil Procedure", 10th Ed., Ch. 1.B in *Federal Rules of Civil Procedure*, 2011-2012 Educational Edition, p. XIX; Peter Hay, *Law of the United States. An Overview*, Munique, 2002, p. 79.

3.3 Fase de julgamento

A fase de julgamento corresponde a um confronto oral entre as partes, perante um juiz (*bench trial*) ou perante um juiz e um júri, onde é produzida toda a prova selecionada na fase anterior.

A morosidade e onerosidade geradas pela seleção dos membros do júri, bem como a falibilidade da respetiva avaliação da prova, têm vindo a desincentivar a opção por julgamento de júri mas este é um direito fundamental consagrado pela Constituição dos EUA²²⁴. Em defesa do júri pode alegar-se a participação direta dos cidadãos na administração da justiça, bem como a aparência de ser um elemento corretor do juiz eleito com base política²²⁵.

Se as partes optarem por um julgamento com júri o primeiro momento desta segunda fase processual é o de seleção deste, (*juri selection*) com base numa lista de cidadãos e num limite mínimo de seis e máximo de 12 (Rule 38., Rule 47., Rule 48. FRCP).

Ao juiz ficam reservados os poderes de verificação da correta seleção dos jurados, de estarem reunidos os requisitos do “*due process*” para um julgamento equitativo, de serem respeitados os limites da prova admissível²²⁶, de que as regras do processo são seguidas pelas partes e de que a decisão é tomada de acordo com a lei²²⁷.

Depois de o júri estar constituído o julgamento inicia-se com a intervenção do advogado do autor que fará uma síntese da sua posição e indicará desde logo o que pretende provar. O advogado do réu poderá tomar de seguida a palavra com o mesmo propósito de sumariar a sua versão e indicar a sua pretensão de prova (*opening statements*).

Segue-se a produção de prova cuja ordem mais vulgar apresenta em primeiro lugar o autor (*plaintiff's case*) e em segundo o réu (*defendant's case*), com depoimento das testemunhas, exibição de documentos e demais meios de prova obtidos pelas partes.

O autor pode replicar à intervenção do réu com mais prova (*plaintiff's rebuttal*) e, se por via desta forem trazidas à colação novas questões, o réu pode ainda treplicar (*defendant's rejoinder*) limitando a sua resposta aos novos assuntos apresentados na réplica.

Só é admitida a prova relevante para a causa e cujo valor probatório não seja questionável. A relevância afere-se pela suscetibilidade de contribuir para a decisão²²⁸.

As testemunhas são ajuramentadas e inquiridas pelos respetivos advogados, bem como sujeitas a contra interrogatório pelo advogado da parte contrária, depois do que ainda podem ser novamente inquiridas pelo advogado que as apresentou.

A seguir à produção de prova do autor, se o réu entender que a posição do autor não está substancialmente fundada, pode apresentar um requerimento destinado à decisão

²²⁴ Oscar G. Chase, et al *Civil Litigation in Comparative Context*, 2007, p. 268, 269.

²²⁵ Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane, Arthur R. Miller, *Civil Procedure*, 1999, p. 491,492.

²²⁶ Cit. por Frank A. Schubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 2004, p. 174.

²²⁷ Frank A. Schubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 2004, p. 174.

²²⁸ Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane, Arthur R. Miller, *Civil Procedure*, 1999, p. 483-487.

imediate da causa pelo juiz (*motion for nonsuit*)²²⁹. O juiz só deve deferir o requerimento se perante o conjunto da prova mais favorável ao autor uma pessoa média não pudesse concluir a seu favor. Se o requerimento for deferido a ação é julgada improcedente pelo juiz e concluída²³⁰.

No fim da produção de toda a prova qualquer uma das partes pode apresentar um requerimento para que o juiz profira de imediato a decisão, com dispensa de pronúncia do júri (*motion for a directed verdict*)²³¹. O juiz pode decidir neste sentido se entender que o caso é claro e que nenhuma pessoa média pode discordar do resultado²³².

Sendo indeferido o requerimento para veredicto direto do juiz ou não o havendo, os advogados das partes submetem as questões ao júri, resumindo as suas posições em alegações orais (*closing arguments*), após o que o juiz dá instruções ao júri sobre o direito aplicável (Rule 51. FRCP)

Proferido o veredicto do júri o mesmo pode ter na sua base situações que levem à sua desconsideração, tais como má conduta de jurados, uso de prova não autorizada ou violação de regras de sigilo²³³. Nestes casos a parte prejudicada com o veredicto pode apresentar um requerimento para que seja proferida decisão sem relevância do veredicto, *judgment notwithstanding the verdict*, o que é possível de ser deferido pelo juiz quando este conclua que uma pessoa média não teria proferido um veredicto nos termos em que o foi; pode requerer a realização de novo julgamento com novo júri, *new trial*, o que é adequado a várias situações como erro de produção de prova ou descoberta de novos elementos de prova; e pode ainda requerer uma reparação na decisão final, *relief from judgment* o que é suscetível de ser admitido, entre outros, em casos de erro de julgamento ou fraude²³⁴.

Outra situação que pode levar a um pedido de alteração da decisão é a deliberação de indemnização manifestamente excessiva. Neste caso o réu pode solicitar ao tribunal uma decisão que reduza aquele montante *remittitur*, o que pode ser decidido com o consentimento do autor²³⁵.

²²⁹ Frank A. Schubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 2004, p. 184.

²³⁰ Frank A. Schubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 2004, p. 184.

²³¹ Frank A. Schubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 2004, p. 184; Jack H. Friedenthal, et al "Civil Procedure", 10th Ed., Ch. 1.B in *Federal Rules of Civil Procedure*, 2011-2012 Educational Edition, p. XXI; Peter Hay, *Law of the United States. An Overview*, Munique, 2002, p. 79

²³² Frank A. Schubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 2004, p. 184; Jack H. Friedenthal, et al "Civil Procedure", 10th Ed., Ch. 1.B in *Federal Rules of Civil Procedure*, 2011-2012 Educational Edition, p. XXI; Peter Hay, *Law of the United States. An Overview*, Munique, 2002, p. 80.

²³³ Frank A. Schubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 2004, p. 185; Jack H. Friedenthal, et al, "Civil Procedure", 10th Ed., Ch. 1.B in *Federal Rules of Civil Procedure*, 2011-2012 Educational Edition, p. XXII.

²³⁴ Frank A. Schubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 2004, p. 185; Jack H. Friedenthal, et al "Civil Procedure", 10th Ed., Ch. 1.B in *Federal Rules of Civil Procedure*, 2011-2012 Educational Edition, p. XXII, XXIII.

²³⁵ Frank A. Schubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 2004, p. 188.

Depois de analisados e decididos os requerimentos posteriores ao veredicto, *posttrial motions*, o julgamento termina com uma decisão relativa aos direitos das partes litigantes, *award of a judgment*²³⁶.

O *judgment* é a decisão final da ação. Na hipótese de o processo ter percorrido todos os estádios até ao julgamento, esta decisão terá na sua base o veredicto do júri ou, em caso de julgamento realizado por juiz, a enunciação dos factos e as conclusões de direito (Rule 52. FRCP).

A decisão final do juiz pode ser proferida oralmente e prossegue três objetivos. Facilitar a compreensão do tribunal de recurso sobre as bases da decisão, clarificar o que foi decidido ou a respetiva amplitude e proceder à determinação dos factos²³⁷.

²³⁶Frank A. Schubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 2004, p. 190; Jack H. Friedenthal, et al “Civil Procedure”, 10th Ed., Ch. 1.B in *Federal Rules of Civil Procedure*, 2011-2012 Educational Edition, p. XXII, XXIII.

²³⁷ Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane, Arthur R. Miller, *Civil Procedure*, 1999, p. 556,557.

IV - GRELHA COMPARATIVA

Uma primeira abordagem ao ordenamento jurídico inglês e ao americano levou-nos à constatação de que os dois países, à semelhança de Portugal, possuem conjuntos sistemáticos de normas processuais que visam garantir um processo justo. Referimo-nos às *Civil Procedure Rules 1998* inglesas e às *Federal Rules of Civil Procedure* americanas, já analisadas nos capítulos anteriores.

A estrutura do processo nos dois ordenamentos também apresenta similitudes. Grosso modo dividida em três fases, uma primeira de apresentação do caso em tribunal, uma segunda de triagem e organização dos elementos e estádios subsequentes e uma terceira de audiência e julgamento.

Esta configuração estrutural surge nos *Principles of Transnational Civil Procedure*²³⁸, consagrados pelo UNIDROIT, os quais representam uma estudada e experimentada orientação para a resolução de conflitos comerciais transnacionais, mas também para iniciativas de reforma do processo civil. Referimo-nos ao respetivo princípio 9, onde se lê que o processo, no comum dos casos, deve conter uma primeira fase, preliminar ou dos pedidos, *pleading phase*, uma fase intermédia e uma fase final, designadas respetivamente por *interim* e *final phases*.

O processo civil português autonomiza um quarto momento entre o saneamento e o julgamento, a instrução, na qual se desenvolve a atividade destinada a reunir e a organizar os meios de prova ou a preparar a sua futura utilização²³⁹. No entanto existem atos de instrução que têm lugar em outros momentos do processo, como por exemplo a apresentação de prova documental que é feita com os articulados²⁴⁰ (art. 523º CPC) e a prova testemunhal e por confissão que é produzida no julgamento.

No processo inglês, a atividade desenvolvida pelas partes para troca de informações e documentos em momento anterior ao julgamento, a *disclosure*²⁴¹, ou mesmo em momento anterior à instauração da ação quando consagrada através da realização de protocolos, não tem paralelo no ordenamento português. No entanto, as CPR contêm entre as partes 31 a 35, para além da referência à *disclosure*, o respetivo acervo de normas relativas aos mais variados meios de prova, sendo que a respetiva produção também se opera ou pode operar em fases distintas. Por exemplo a prova testemunhal oral terá lugar na audiência de julgamento, mas a

²³⁸ Aprovados pelo American Law Institute e pelo International Institute for the Unification of Private Law, UNIDROIT, 2004. Disponíveis <http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/main.htm>

²³⁹ João de Castro Mendes, *Direito Processual Civil*, 1980, III Volume, p.182.

²⁴⁰ João de Castro Mendes, *Direito Processual Civil*, 1980, III Volume p.182.

²⁴¹ Teresa Wambier, em glossário e em nota de tradução, apresenta as expressões *discovery* e *disclosure* como sinónimas e com o significado de uma técnica característica da *common law*, através da qual as partes revelam entre si as provas e as informações de que dispõem, suscetíveis de virem a ser usadas numa futura ação. Neil Andrews refere que *disclosure* é a designação atual da *discovery* e que durante o processo principal há uma *disclosure* de documentos, assim como uma *disclosure* de dados eletrónicos. Uma vez na ação, é sob a designação de *Disclosure and inspection of documents* que as CPR identificam a respetiva Secção 31. Neil Andrews, *O Moderno Processo Civil, formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier, 2010, p. 17, 126,127 e 141,142.

apresentação de depoimentos escritos de testemunhas pode ter lugar em qualquer outra audiência [CPR 32.2(1)(b)].

No processo americano também se desenvolve a atividade designada por *discovery* em momento anterior à audiência de julgamento, para troca de informações, designadamente através da recolha de depoimentos das testemunhas e das partes que são reduzidos a escrito, bem como para troca de documentos. Mas as testemunhas depõem oralmente na audiência de discussão e julgamento (FRCP Rule 43), assim como aí são exibidos outros meios prova, objetos ou documentos. Mais uma vez a seleção e produção de prova apresenta um posicionamento transversal ao longo do processo, não se traduzindo numa fase específica em termos cronológicos. No entanto as FRCP contêm regras orientadoras da seleção, organização e produção de prova.

No ordenamento americano é conferida grande relevância à prova. Desde 1975 que os tribunais federais e estaduais se regem pelas *Rules of Evidence for United States Courts and Magistrates*, se bem que os tribunais estaduais possam seguir as suas próprias regras²⁴². As disposições contidas nas *Federal Rules of Evidence* respeitam ao tribunal do júri e ao tribunal presidido por juiz, *bench trial* e pretendem abarcar as questões relativas à admissibilidade da prova, ao regime substantivo, propondo-se garantir o direito fundamental à prova com o fim de apuramento da verdade através de procedimentos justos e adequados²⁴³.

Uma vez situados na tramitação do processo inglês e americano é por via de uma aproximação funcional que vamos proceder à comparação do momento intermédio do processo português e dos ordenamentos estrangeiros em referência.

A base da comparação são os atos praticados na fase de saneamento no processo declarativo comum português: despacho pré-saneador; audiência preliminar; e despacho saneador. E ainda quando surgem autonomamente, a seleção da matéria de facto, ato de condensação por excelência²⁴⁴ e a indicação das provas. Através destes cumprem-se as funções em referência na tabela quais sejam: apreciação e suprimento de vícios processuais; convite ao aperfeiçoamento dos articulados; tentativa de conciliação; conhecimento do mérito; fixação dos factos controvertidos; indicação dos meios de prova e sua admissão; e designação da data da audiência final.

Analizadas que foram no capítulo I essas funções, pretendemos agora procurar no ordenamento inglês e americano, se na fase intermédia dos respetivos processos estas funções têm paralelo, se são reveladas na tramitação processual daqueles países.

Pressuposto desta comparação é não tanto a forma dos atos, mas antes o seu conteúdo e finalidade, pelo que para além da forma, vamos procurar nos atos praticados no

²⁴² Frank A. Schubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 2004, p. 175.

²⁴³ O texto da Rule 102 das Federal Rules of Evidence, sob a epígrafe *Purpose and Construction*, é o seguinte: “These rules shall be construed to secure fairness in administration, elimination of unjustifiable expense and delay, and promotion of growth and development of the law of evidence to the end that the truth may be ascertained and proceedings justly determined.”

²⁴⁴ Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil Anotado*, 1950, Volume III, p. 165.

processo dos dois ordenamentos estrangeiros em referência se alguns apresentam os mesmos objetivos dos praticados na fase de saneamento portuguesa e, em caso afirmativo, como são prosseguidos esses objetivos, as semelhanças e dissemelhanças que possuem.

Para tanto seguimos a seguinte grelha comparativa:²⁴⁵

	SANEAMENTO E CONDENSAÇÃO								
	PRÉ SANEADOR			AUDIÊNCIA PRELIMINAR			SANEADOR		
	P	I	A	P	I	A	P	I	A
Apreciação e suprimimento de vícios processuais									
Convite ao aperfeiçoamento									
Tentativa de conciliação									
Conhecimento do mérito									
Fixação dos factos controvertidos									
Indicação e admissão dos meios de prova									
Designação da data da audiência final									

Legendas: Portugal P, Inglaterra I, Estados Unidos da América A

²⁴⁵ Carlos Ferreira de Almeida *Direito Comparado Ensino e Método*, 2000, p. 127.

V - ANÁLISE DOS TRÊS SISTEMAS PROCESSUAIS

1. *Apreciação e suprimimento de vícios processuais*

Como tivemos oportunidade de verificar no capítulo I, no processo português a apreciação e suprimimento de vícios e insuficiências processuais foi enfatizada pela revisão do código de 1995/1996, através da atribuição ao juiz do dever de providenciar, mesmo oficiosamente, por este suprimimento, ou convidar as partes a praticar os atos a tanto necessários quando esteja em causa uma modificação subjetiva da instância ou diligência compreendida dentro da disponibilidade das partes (art. 265º nº 2 CPC).

A consagração da regra de que a falta de pressupostos processuais é sanável admite apenas as exceções em que a lei de processo, para defesa de interesses fundamentais, determina tratar-se de irregularidade inultrapassável e impeditiva da apreciação de mérito.

Mais indica o art. 288º nº 3 CPC que, ainda que sejam detetáveis ou subsistam exceções dilatórias no processo, não deve ser determinada a absolvição da instância, quando mais nada obste a que se conheça do mérito da causa e a decisão seja favorável à parte protegida pela exceção.

De tudo se conclui que o poder de direção do processo aponta no sentido do dever de decidir de mérito.

Reflexo desta orientação, conjugada com o princípio da cooperação, é a existência ao nível da fase de saneamento de uma atitude insistente no sentido da apreciação e remoção das exceções dilatórias, começando por ser uma das funções do despacho pré-saneador, depois sendo causa de concessão de palavra às partes para discussão numa das finalidades da audiência preliminar e constituindo ainda função normal do despacho saneador no âmbito da verificação da regularidade da instância.

A exigência do preenchimento de pressupostos processuais é verificável nos três ordenamentos e respeita, ao que aqui releva, de acordo com o modelo português, ao tribunal e às partes, com a restrição de apenas estarem em causa as faltas sanáveis. Quanto às partes estaremos em áreas relativas, não exaustivamente, à personalidade e capacidade judiciárias, ao patrocínio judiciário e à legitimidade processual. Quanto ao tribunal situar-nos-emos no campo da competência.

Do que nos é dado observar no processo inglês, a problemática em causa transporta-nos para o enquadramento que o Código de Processo Civil de 1998, *Civil Procedural Rules*, veio conferir à gestão de processos, ou gestão de procedimentos, a cargo do juiz e subordinada aos objetivos consagrados através de conceitos abertos na CPR 1.1., entre outros o de assegurar que as partes estejam em iguais condições de disputa, o de tratar o caso proporcionalmente à complexidade das questões e que o mesmo seja processado de forma rápida e justa. O juiz inglês tem agora um papel ativo e capacidade de iniciativa subordinada aos objetivos consagrados.

No sistema inglês a capacidade judiciária tem tradução processual e é conferida especial atenção às situações de menoridade e anomalia psíquica, esta última determinada de

acordo com o *Mental Capacity Act 2005*,²⁴⁶ tendo o tribunal poder para tomar as decisões adequadas ao suprimento da incapacidade, designadamente promovendo ou aceitando a designação de representante do incapaz (*litigation friend*, CPR 21). De uma maneira geral, resulta da leitura desta regra 21 que os incapazes estão protegidos diretamente pelo tribunal das diligências que possam ter repercussão negativa na sua esfera jurídica por via do processo.

No âmbito do patrocínio, as regras relativas à representação pelo *solicitor*, designadamente para efeitos de notificações, constam da CPR Part 6 e os requisitos para alteração de *solicitor* constam da CPR Part 42.

Também no que toca à legitimidade, se seguirmos a perspetiva do cruzamento do conceito com a pluralidade de partes, inclusive no aspeto dinâmico de modificações subjetivas da instância, como a sucessão ou a intervenção de terceiros, encontramos no sistema inglês regra atributiva de poder de intervenção ao tribunal, onde o juiz pode oficiosamente chamar novas partes. A orientação contida na CPR 19 traduz um amplo poder do tribunal para ordenar a junção, a remoção ou a substituição de partes na ação. O objetivo é a eficácia do procedimento, sendo ilustrativo o texto da regra CPR 19.2(2), onde se diz que é admissível nova parte quando através dessa decisão o tribunal fique melhor habilitado a resolver todos os assuntos em disputa ou mais habilitado a resolver uma questão entre a parte já existente e a nova parte proposta, em conexão com o assunto em discussão na causa. De referir que qualquer ordem de admissão de nova parte implica o consentimento da mesma CPR 19.4(4).

Ponderando a sequência de atos no processo inglês não encontramos momento específico para a aferição e suprimento destes pressupostos, mas os deveres do tribunal na gestão de casos, nomeadamente pelo que indica CPR 1.4 (2)(b), (c) e (d), incluem a identificação das questões num estágio inicial, uma decisão pronta das questões que necessitam investigação e julgamento e a resolução sumária das outras de acordo com a respetiva relevância, bem como ainda a decisão sobre a ordem de prioridade das questões a decidir.

Como reverso destes deveres de gestão processual surgem na regra CPR 3.1(2) os poderes a tanto necessários, onde não exaustivamente se incluem: o estabelecimento do prazo para cumprimento de uma disposição legal ou determinação do tribunal; agendar uma audiência; solicitar a presença da parte; receber provas por telefone ou por outro meio oral de comunicação direta; suspender a totalidade ou parte do processo; providenciar uma decisão em separado de qualquer questão; decidir sobre a exclusão da apreciação de um assunto; e de uma maneira geral adotar as medidas ou proferir as ordens adequadas ao cumprimento dos objetivos elencados em CPR 1.1, de gestão justa dos casos, assegurando a igualdade das partes e uma dedicação proporcional à importância e complexidade da situação.

De referir ainda que de acordo com CPR 3.1(3), o tribunal tem poderes para determinar as consequências do não cumprimento de uma ordem ou condição, bem como tem poderes para alterar ou revogar a ordem tomada.

²⁴⁶ Maurice Kay, *Blackstone's Civil Practice The Commentary*, 2012, p. 238.

Pelo que é neste contexto e ainda no âmbito do dever do tribunal de encorajar as partes a cooperarem entre si para condução do processo que no método inglês serão apreciados e supridos os pressupostos processuais em referência.

No processo civil federal americano vamos encontrar referências aos mesmos pressupostos processuais relativos às partes.

A capacidade para demandar ou ser demandado encontra-se determinada na Rule 17. FRCP, com menção à representação. O tribunal tem poder para determinar a representação de incapaz que surja no processo desacompanhado Rule 17.(c)(2) FRCP.

De notar no entanto que a Rule 9. FRCP, sob a epígrafe *“Pleading Special Matters”*, esclarece que à exceção das situações em que tal se revele necessário para fundamentar a competência do tribunal, não é exigível nos articulados a justificação da capacidade das partes.

A Rule 11. FRCP faz menção à intervenção dos advogados nos articulados e às garantias que devem prestar, bem como às sanções a que ficam sujeitos em caso de incumprimento.

A pluralidade de partes e as condições de deferimento do respetivo requerimento estão previstas nas Rule 19. e 20. FRCP, enquanto a Rule 21. FRCP prevê que a constituição indevida de partes não é fundamento para rejeitar a ação. De acordo com esta mesma regra 21, a requerimento ou por sua própria iniciativa o tribunal pode, a qualquer momento, admitir ou prescindir de uma parte, bem como separar uma pretensão.

A intervenção de terceiros e a sucessão de partes, designadamente por morte, podem ser encontradas nas Rule 24. e 25. FRCP.

No que respeita ao momento para aferição e regularização destes pressupostos, as FRCP facultam orientação na Rule 16. sob a epígrafe *“Pretrial Conferences; Scheduling; Management”*.

Dispõe esta regra que após os articulados podem realizar-se uma ou mais conferências, com objetivos definidos, para o que serão convocados os advogados ou diretamente as partes que não tenham representação. Esses objetivos são: ordenar os elementos da ação com vista à sua eficiência; verificar atempadamente os aspetos ou elementos que possam gerar o protelamento do processo por ausência de gestão; evitar atos desnecessários; atender à qualidade através de uma preparação mais profunda e pormenorizada; e facilitar uma decisão por acordo.

Sob este propósito a Rule 16.(b) FRCP determina a elaboração de um plano de trabalho pelo juiz, o qual deve conter um limite temporal para a constituição e intervenção de partes, para a alteração dos articulados, para a reunião dos elementos de prova e para a apresentação de moções ou requerimentos.

Ainda a Rule 16.(c)(2) FRCP, ao enumerar os assuntos a ter em consideração na conferência, entre outros, aponta os seguintes: delimitação e simplificação das questões e eliminação de requerimentos e respostas supérfluos; eliminação de assuntos pendentes; e

adoção de procedimentos especiais para gerir ações potencialmente difíceis ou prolongadas que possam envolver questões complexas com pluralidade de partes, questões jurídicas difíceis ou problemas não usuais de prova.

Será então na fase intermédia, mais precisamente na conferência que aí tem lugar, que se vai determinar, casuisticamente, o momento até ao qual deve ser solucionada a falta de pressupostos processuais relativos às partes.

Voltando agora a nossa atenção para o pressuposto da competência do tribunal, no sistema inglês foi-nos permitido observar que logo no momento da instauração da ação, se esta o for em tribunal desadequado, está prevista a respetiva transferência para o correto, nos termos do County Courts Act 1984 e nas CPR 30.2²⁴⁷. A este propósito existem decisões judiciais²⁴⁸ no sentido de que quando o administrador do tribunal entender que a ação está a ser instaurada no tribunal errado, mesmo assim deve aceitar a apresentação. Os funcionários judiciais não têm o poder de proferir decisões judiciais e como tal devem aceitar a ação. Uma vez instaurada a ação deve ser dada ordem judicial de transferência²⁴⁹.

Se bem que a solução de remessa do processo para outro tribunal possa ser a mesma no processo português para os casos de incompetência absoluta em que haja acordo das partes nesse sentido (art. 105º nº 2 CPC), ou ainda no regime da incompetência relativa independentemente do consentimento das partes e salvo a violação de pacto privativo de jurisdição que leva à absolvição do réu da instância (art. 111º nº 3 CPC), há uma importante diferença que não podemos deixar de assinalar. Neste momento inicial o juiz inglês decide sozinho e sem audição das partes a remessa do processo para outro tribunal. O juiz português, fora o caso da incompetência absoluta, decide a remessa após ser dada a palavra às partes (art. 111 nº 1 CPC).

De acordo com CPR 11. o réu pode invocar a incompetência do tribunal e requerer ao juiz a pronúncia de uma ordem nesse sentido, ou da falta de jurisdição do tribunal. Depois de exibido ao tribunal o comprovativo da citação, o réu tem o prazo de 14 dias para apresentar o requerimento acompanhado das respetivas provas. Se o réu exibir o comprovativo da citação e não invocar a incompetência do tribunal dentro do referido prazo de 14 dias, isso implica a aceitação da competência do tribunal para julgar a causa CPR 11.(5)(a)(b).

Quando o tribunal profere a decisão no sentido da sua incompetência pode ainda determinar a desconsideração do formulário inicial e a anulação da citação, bem como a anulação de outros atos anteriormente praticados no processo.

Se o tribunal indeferir o pedido de declaração de incompetência, o réu deverá confirmar o aviso de citação no prazo de 14 dias ou outro que o juiz determine e o tribunal deve dar indicações para a apresentação da contestação ou da defesa.

²⁴⁷ Maurice Kay, *Blackstone's Civil Practice The Commentary*, 2012, p. 212.

²⁴⁸ *Gwynedd County Council v Grunshaw* [2000] 1 WLR 494.

²⁴⁹ Maurice Kay, *Blackstone's Civil Practice The Commentary*, 2012, p. 213

Atenta a fórmula de gestão do processo que passa pela identificação das questões no momento mais inicial possível e ainda pelo dever atribuído ao juiz de decidir rápida e prontamente as questões que são colocadas, a resolução da falta do pressuposto em análise terá lugar em momento precoce do procedimento, de modo a evitar o protelamento e o excessivo encargo de uma ação relativamente à qual existem dúvidas sobre a possibilidade de chegar com êxito ao julgamento.

De qualquer modo este momento é anterior à fase de preparação da prova e organização do processo, já que o juiz determina a remessa para outro tribunal ainda antes da citação, ou o requerimento da parte antecede a apresentação da contestação. Assim, é ainda no decurso da fase de apresentação do caso que se pondera a possibilidade de sanção da incompetência do tribunal.

No processo americano a apreciação da competência pode surgir logo na fase dos articulados por iniciativa das partes. Referimo-nos à figura da *motion to dismiss* também apelada de *demurrer*.

Após a citação e antes da contestação, através da *motion to dismiss*, o réu pode responder ao articulado inicial do autor no sentido de invocar a insuficiência legal da petição inicial, *plaintiff's complaint*, a incompetência do tribunal ou não estar corretamente feita a citação²⁵⁰, expondo estas situações à consideração do juiz.

O que possa ser a insuficiência legal da petição oscila em função do grau de exigência da lei para a especificação dos fundamentos invocados neste articulado, o que de acordo com as FRCP (Rule 8) é pouco exigente, bastando um resumo claro dos fundamentos da competência do tribunal, uma declaração sumária dos motivos da pretensão que evidenciem a legitimidade substantiva do autor e a identificação do pedido que pode comportar pedidos alternativos. Em suma, devem estar enunciados os elementos que permitam identificar os sujeitos processuais na sua relação com o objeto do processo e o pomo da discórdia, entendendo-se que a evolução do processo é que permitirá um apuramento das discordâncias factuais e legais das partes e a descoberta por cada uma delas da posição contrária²⁵¹. Mas este campo é coincidente com o convite ao aperfeiçoamento dos articulados por insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de facto e não com a apreciação e suprimento de vícios processuais relativos ao tribunal ou às partes, pelo que sobre o mesmo não nos vamos agora pronunciar.

As irregularidades da citação no processo português, previstas entre a falta de citação [arts. 194º, 195º e 202º nº 2)] e a nulidade do ato (art. 198º), porque constituem problemática cujo conhecimento é independente das questões próprias da fase de saneamento, também aqui não vão ser abordadas. No entanto, a falta e a nulidade da citação, a segunda nos casos em que tenha havido citação edital e nos casos em que não tenha sido indicado prazo para a

²⁵⁰ Frank A. Schubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 2004, p. 168.

²⁵¹ I.H.Dennis, *The Law of Evidence*, 2002, p. 92; Mariana França Gouveia, *A Causa de Pedir na Acção Declarativa*, 2004, p. 137 e segs.; Oscar G. Chase, et al *Civil Litigation in Comparative Context*, 2007, p. 187,188.

defesa, podem ser conhecidas pelo juiz no despacho saneador se antes delas não tiver tomado conhecimento. As nulidades que não sejam de conhecimento oficioso só serão apreciadas no despacho saneador quando a parte as tenha invocado em momento imediatamente anterior ao do despacho saneador²⁵².

Regressando ao processo americano vamos centrar-nos na invocação pela parte da incompetência do tribunal através da *motion to dismiss*, como já referimos em momento anterior ao da contestação e que vai levar a uma audiência para debate oral e decisão [Rule 12.(i) FRCP].

No processo português a exceção de incompetência absoluta (101º), de conhecimento oficioso (102º), gera a absolvição do réu da instância e é em regra conhecida no momento do despacho saneador, se bem que o possa ser antes, no momento da respetiva arguição quando anterior àquele despacho (103º). Ao gerar a absolvição da instância é insanável, pelo que não releva para a problemática do suprimento da falta de pressupostos processuais a cargo do juiz. Mas fazemos notar que se a incompetência absoluta só for decretada depois de findos os articulados, estes podem ser aproveitados se houver acordo das partes nesse sentido e o autor requeira a remessa do processo para o tribunal onde a mesma devia ter sido intentada (art. 105º nº 2 CPC), solução consagrada no processo inglês em momento anterior, logo no início da ação e apenas perante a *claim form*, ou seja prescindindo do acordo das partes e remetendo-se o processo por ordem judicial.

A exceção de incompetência relativa, fora os casos em que é igualmente de conhecimento oficioso por evidência dos elementos constantes do processo (110º), deve ser invocada pela parte e gera a remessa do processo para o tribunal considerado competente, fora o caso de violação de pacto privativo de jurisdição em que o réu é absolvido da instância, sendo também conhecida no despacho saneador [110º nº 3 e 510º nº 1 alínea a)].

As diferenças que nos parecem relevantes são que no processo americano a apreciação da falta do pressuposto é feita na sequência de invocação da parte e não oficiosamente, como o é nos casos assinalados no processo português e em momento anterior à contestação.

A *motion to dismiss* é discutida oralmente. Se for considerada procedente pode ainda o tribunal conceder ao autor uma oportunidade de corrigir os erros ou defeitos encontrados [Rule 15.(a)(1)(B) e Rule 15.(a)(2)]. No entanto, se o tribunal verificar que não tem jurisdição sobre o conteúdo do processo, ou seja competência sobre a matéria [Rule 12. (h)(3) FRCP], em termos equivalentes ao previsto no art. 101º CPC quanto à incompetência absoluta, deve ser concluída a ação com esse fundamento, assim como no processo português deve o réu ser absolvido da instância (art. 105º nº 1 CPC).

²⁵² António Abrantes Santos Gerales, *Temas da Reforma do Processo Civil*, 2010, p. 54,55; José Lebre de Freitas, *A Acção Declarativa Comum À Luz do Código Revisto*, 2010, p. 159; Paulo Pimenta, *A Fase do Saneamento do Processo Antes e Após a Vigência do Novo Código de Processo Civil*, 2003, p. 254.

Em conclusão sobre a apreciação e suprimento dos pressupostos processuais que têm vindo a ser objeto de análise distinguimos três vertentes: a função preenchida, o momento da sua concretização e a quem cabe a respetiva invocação.

Para além da incompetência do tribunal no caso inglês e da incompetência do tribunal e da irregularidade da citação no processo americano, a apreciação e suprimento de pressupostos processuais formais nestes ordenamentos, ou a existência de pressupostos impeditivos da apreciação do mérito da causa não surge com autonomia ou previsão específica.

No processo português, a apreciação da exceção de incompetência do tribunal e a nulidade da citação têm lugar, em regra, na fase de saneamento, enquanto nos processos inglês e americano a apreciação e o suprimento da incompetência ocorre antes, na fase da apresentação do caso ou na fase dos articulados e a nulidade da citação, no modelo americano, também pode ser logo invocada e apreciada antes da contestação.

No processo português o juiz tem o dever de providenciar o suprimento dos vícios sanáveis ou sugerir a sua sanção pelas partes quando no âmbito do poder exclusivo destas.

No processo inglês as insuficiências ou irregularidades formais relativas às partes não estão previstas autonomamente como impeditivas da apreciação do mérito da causa. A surgirem, compete ao juiz ordenar a regularização, também incentivando as partes a colaborarem entre si para boa condução do processo, em prol dos objetivos consagrados na parte 1 das CPR ²⁵³. No que respeita à competência do tribunal no momento inicial do processo o juiz pode ordenar a remessa da ação para o tribunal competente. A competência também pode ser invocada e apreciada a requerimento do réu, em momento anterior à apresentação da contestação.

No processo americano, quanto às partes, também não se encontra determinação expressa de irregularidades formais impeditivas da apreciação da pretensão. A análise da competência do tribunal depende da alegação do réu, podendo dar lugar a correção do processado por iniciativa da parte se não estiver em causa a incompetência material, como também o vício proveniente da irregularidade da citação pode ser apreciado por iniciativa da parte e ocorrer o aperfeiçoamento ou a correção das diligências de citação possíveis com vista à continuidade da causa.

2. Convite ao aperfeiçoamento dos articulados

O despacho pré-saneador que tem por função providenciar pelo suprimento das exceções dilatórias, tem também por função, ainda no campo das vicissitudes formais, convidar as partes à supressão das irregularidades dos articulados por falta de requisitos legais ou por falta da apresentação de documento de que a lei faça depender o andamento do

²⁵³ “Shutting a litigant out through a technical breach of the rules will not often be consistent with doing justice, because the primary purpose of the civil courts is to decide cases on their merits, not to reject them for procedural default.” Maurice Kay, *Blackstone’s Civil Practice The Commentary*, 2012, p. 47

processo. Falamos de requisitos como o sejam os elementos a constar da petição inicial (art. 467º nº 1 e 474º CPC,) ou ainda a exigência de exposição dos factos por artigos (art. 151º nº 2 CPC) e outros equivalentes, como a dedução em separado das exceções e da reconvenção na contestação. No tocante à apresentação de documento referimo-nos a documento essencial à verificação de um pressuposto processual, (exemplo: procuração), documento essencial à prova de pressuposto da pretensão (exemplo: sentença estrangeira numa ação de revisão de sentença estrangeira) ou ainda à regular continuidade do processo (exemplo: registo predial)²⁵⁴.

Conforme exposto no capítulo I, uma terceira e última função do despacho pré-saneador português é a de convidar as partes ao aperfeiçoamento dos articulados no sentido de serem supridas “... insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de facto alegada ...”.

E ainda que no momento da prolação deste despacho não se constate a irregularidade, na subsequente audiência preliminar, nos termos do art. 508º-A nº 1 alínea c) CPC,²⁵⁵ surge novamente a oportunidade de correção ou aperfeiçoamento dos articulados no que respeita às insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de facto.

Esta concretização dos factos, na sequência da discussão da posição das partes com vista ao apuramento dos contornos do conflito [art. 508º-A nº 1 alínea c) CPC], constitui uma oportunidade de delimitação do objeto do litígio em sede de audiência preliminar.

Estamos então perante outra vertente do convite ao aperfeiçoamento. Deixamos as condições formais e entramos no âmbito do objeto do processo, pedido e causa de pedir, campo da disponibilidade das partes que por isso merece uma apreciação cuidada do juiz, uma posição cooperante no exercício dos deveres de esclarecimento e de prevenção, com o objetivo de se apurar o núcleo das questões surgidas no processo e de se alertarem as partes sobre as irregularidades ou fragilidades das suas posições.

No que se reporta ao primeiro dos aspetos focados - irregularidade dos articulados por falta de requisitos legais - vamos encontrar no processo inglês algumas exigências quanto aos elementos a constar dos *statements of case*, nomeadamente ao nível da *claim form*, que por dar a conhecer pela primeira vez os contornos do litígio para o qual se requer uma solução do tribunal, reveste agora, entre as várias peças escritas, maior relevância para a nossa exposição.

A regra inglesa apresenta maior simplicidade e plasticidade.

A *claim form* consta de formulário que terá a indicação do tribunal pretendido, a identificação das partes e a qualidade em que intervêm, bem como as moradas, designadamente para efeitos de notificação. A falta de indicação do domicílio das partes

²⁵⁴ António Montalvão Machado, Paulo Pimenta, *O Novo Processo Civil*, 2010, p. 211; António Santos Abrantes Geraldes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, 2010, II Volume, p. 71; José Lebre de Freitas, *A Acção Declarativa Comum À Luz do Código Revisto*, 2010, p. 139,140; Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 1997, p. 303.

²⁵⁵ Cfr. supra capítulo I, 2.2.3

obrigará à suspensão do procedimento e à notificação do autor para apresentação dos elementos em falta²⁵⁶.

O formulário é preparado pelo autor, onde se inclui uma exposição concisa da natureza dos fundamentos da ação e uma explicitação do pedido. No formulário inicial ou em exposição autónoma que vai acompanhar a *claim form*, o autor deve apresentar uma descrição das particularidades do caso (CPR Rule 7.4) que inclua uma enunciação simples dos factos nos quais baseia o seu pedido.

De salientar que nos termos da CPR Rule 16.2(5) o tribunal pode providenciar medidas a que o autor tenha direito mesmo que estas não constem do formulário inicial, como determinar a reparação de danos .

A CPR Part 16 estabelece estes requisitos para a *claim form*, entre outros, como por exemplo o dever de ser indicado o quantitativo do pedido quando este tenha expressão pecuniária, ou ainda o de se indicar, em caso de representação, que é nessa qualidade que é feita a intervenção, seja relativamente ao autor ou ao réu.

Seguindo as indicações desta mesma regra 16 encontramos uma outra importante informação quanto aos *statements of case*, qual seja a de que as declarações constantes dos mesmos devem ser acompanhadas de uma declaração de veracidade.

A CPR Part 9 determina como o réu deve atuar após tomar conhecimento da *claim form* ou após tomar conhecimento das particularidades do caso, (onde, relembramos, estará incluída uma descrição concisa dos factos nos quais o autor se baseia)²⁵⁷, se as mesmas forem apresentadas autonomamente e posteriormente àquela. O réu pode defender-se, admitir ou reconhecer a reivindicação do autor ou ainda apenas dar notícia da citação, se o prazo de 14 dias para apresentar a sua resposta não se revelar suficiente ou se pretender impugnar a competência do tribunal.

No que respeita a estes elementos, para além da falta de referência às moradas dar lugar à retenção do formulário até que a situação se encontre regularizada, não encontramos, em caso de falta, regra específica a atribuir poderes ao tribunal para formular um convite à regularização da situação. Pelo que mais uma vez somos levados ao entendimento de que a surgirem irregularidades, as mesmas podem ou devem ser ultrapassadas no âmbito dos amplos poderes de gestão do juiz, dispersos por várias regras das *Civil Procedure Rules*, mas com especial ênfase na Rule 3.1, através da qual, para cumprimento do objetivo de celeridade e eficiência do processo, o tribunal está habilitado a tomar as medidas ou a dar as ordens que se revelem mais adequadas.

No que toca à declaração de veracidade, refere a CPR Rule 22.2 que a sua ausência não invalida a *claim form*, a *defense* ou as particularidades da causa se apresentadas autonomamente, mas que fica prejudicada a potencialidade de se considerarem provadas as afirmações constantes destes instrumentos. Perante a falta da declaração o tribunal pode

²⁵⁶ Maurice Kay, *Blackstone's Civil Practice The Commentary*, 2012, p. 402.

²⁵⁷ Cfr. supra capítulo II, 3.1

desconsiderar o *statement of case* e qualquer uma das partes pode solicitar ao tribunal uma ordem nesse sentido.

A *claim form* não carece ser acompanhada de quaisquer provas, pelo que não há paralelo à situação portuguesa da falta da apresentação de documento de que a lei faça depender o andamento do processo. Às partes cabe a decisão de utilização de documentos, se bem que esta amplitude de poder tenha sido comprimida por algumas mudanças de atitude introduzidas pelas CPR, designadamente pelo poder conferido ao tribunal para que determine a exibição de documentos no momento preliminar do processo (CPR Rule 31.16), ou para que determine a apresentação de documentos por terceiros estranhos ao processo (CPR Rule 31.17).

Na fase subsequente à apresentação do caso, cada uma das partes é obrigada a elaborar uma lista de documentos que considere relevantes e a facultar a inspeção dos mesmos à parte contrária, o que se designa por *disclosure*, mas esta prática destina-se à seleção da prova e não ao tema que nos ocupa, pelo que sobre a mesma não nos vamos aqui pronunciar.

Nesta conformidade, sendo menos formal ou mais versátil a apresentação do caso pelas partes no sistema processual civil inglês, a supressão das irregularidades dos articulados por falta de requisitos legais ou por falta da apresentação de documento assume menos protagonismo ou autonomia do que no caso português, ou é mesmo reduzido à insignificância quando se trata da prossecução do processo por dependência da exibição de documentos.

A supressão das irregularidades de forma não está concebida por ordem de um despacho predeterminado, mas antes dentro dos poderes de gestão que serão utilizados de acordo com a situação concreta e com vista à eficiência do procedimento. O que se torna relevante e é idêntico ao caso português é a prioridade concedida à apreciação do mérito, não devendo os requisitos de forma, até ao limite do possível, inviabilizar um processo justo²⁵⁸.

No âmbito das Federal Rules of Civil Procedure também encontramos especificações quanto à forma e conteúdo dos articulados.

Nos termos da Rule 8. (a) (1), (2) e (3) FRCP, o articulado inicial deve ter uma curta e simples exposição que funde a competência do tribunal, um desenho dos contornos do pedido através dos quais se possa aferir a posição de titularidade do direito do autor e uma explicitação do pedido que pode comportar pedidos alternativos ou diferentes tipos de pedidos.

Ainda a Rule 8. (b) FRCP expõe alguns requisitos quanto aos articulados de resposta: apresentar a defesa em termos simples e concisos e admitir ou negar as alegações expressas pela contraparte. Seguem-se determinações para a impugnação, a qual pode ser geral ou especificada, total ou admitir parte das alegações a que se responde. Se a impugnação for

²⁵⁸ “*The Final Report* took pains to criticise the system by which time and expense have in the past been taken up in interim proceedings concerning the pleadings process, and the avowed aim of the CPR is to ensure that matters progress on their merits, and not on technicalities”. Maurice Kay, *Blackstone’s Civil Practice The Commentary*, 2012, p. 419.

parcial deve ficar clara a matéria com a qual o réu concorda. Se o réu não possuir informação suficiente sobre a veracidade das alegações deve declará-lo, o que equivale a impugnação. Se houver erro da parte na classificação do articulado, identificar como contestação uma reconvenção ou identificar como reconvenção uma contestação, o tribunal deve apelidá-los pela sua verdadeira natureza e pode impor a sua correta designação.

Podemos constatar no texto da Rule 8. (d) FRCP que as alegações contidas nos articulados devem ser simples e objetivas, não sendo exigida nenhuma forma técnica específica. Como já mencionámos podem ser formulados vários pedidos e pedidos alternativos, bem como podem ser apresentadas defesas separadas.

Nos termos expostos na Rule 9. FRCP, a não ser que se justifique para fundamentar a competência do tribunal, não é necessário especificar a capacidade das partes ou os poderes de representação, nem a existência jurídica de uma pessoa coletiva, mas isso não obsta a que essas questões possam ser especificamente impugnadas com invocação dos factos que as suportam.

A referência a documento ou ato oficial basta-se com a invocação da respetiva conformidade legal, bem como a referência a uma decisão judicial pode ser efetuada sem ser justificada a competência do órgão decisor.

Especificamente quanto à forma, indica a Rule 10.(a) FRCP que todos os articulados devem ter um cabeçalho com o nome do tribunal, o número de registo, a identificação das partes e a identificação do articulado.

Numa orientação idêntica ao disposto no art. 151º nº 2 do CPC, mas não estritamente direcionada aos factos que fundamentam o pedido ou a defesa, a Rule 10.(b)FRCP indica que as partes devem expor as suas reivindicações ou defesas por meio de parágrafos numerados, cada um deles limitado, dentro do possível, a um único conjunto de circunstâncias. O objetivo é a simplicidade e clareza da exposição.

De acordo com o previsto na Rule 11. FRCP, os articulados têm que estar assinados por advogado ou diretamente pela parte não representada e indicar os vários endereços para contacto (morada, e-mail, número de telefone).

O tribunal pode sancionar a apresentação de um articulado sem assinatura, a menos que a omissão seja prontamente corrigida depois de chamado à atenção o advogado ou a parte.

Contrariamente ao modelo inglês não é necessária uma declaração de veracidade [CPR 22.1(4)], mas nos termos da Rule 11. (b) FRCP, quem apresenta um articulado, advogado ou diretamente a parte se não representada, deve certificar que se pautou por um grau de conhecimento exigente e que as suas referências, informações e opiniões, são formadas após uma averiguação ponderada.

De acordo com as circunstâncias, o subscritor da peça deve certificar que não segue propósitos inadequados, como por exemplo meramente dilatórios ou para aumentar desnecessariamente o custo do litígio; a existência de fundamento legal ou de motivo

ponderoso que deva ser objeto da tutela do direito; ainda que as alegações factuais têm suporte probatório ou podem vir a tê-lo após uma oportunidade razoável de mais investigação ou descoberta; e que a negação de afirmações factuais está sustentada em prova ou é de razoável entendimento designadamente por ausência de informação.

O não cumprimento das exigências prescritas pela Rule 11.(b) FRCP dá origem a que a parte seja notificada para regularizar a situação. Se tal não acontecer no período facultado para a resposta o tribunal pode sancionar a violação.

Pode ser apresentada uma proposta de sanção pela parte interessada mas esta não terá seguimento se o articulado for retirado ou corrigido dentro do prazo de 21 dias após a notificação.

A ser imposta sanção a mesma deve ser limitada ao que é suficiente para impedir a repetição da conduta ou conduta idêntica por outros em situação equivalente.

A sanção pode envolver uma determinação sem carácter pecuniário, uma ordem para pagar uma multa ao tribunal ou uma ordem de pagamento de despesas de parte e outras diretamente resultantes da violação.

Não obstante a enumeração de requisitos, não encontramos previsão de despacho individualizado que convide à regularização em caso de falta de preenchimento de aspetos formais, à exceção do já mencionado quanto à Rule 11. FRCP e onde, sob o nº (3), se lê que o tribunal, por sua própria iniciativa, pode notificar o advogado, uma sociedade de advogados ou a parte para que justifique a conduta de modo a impedir a violação da Rule 11. (b) FRCP.

Em paralelo com o que verificámos no sistema inglês, havendo menor grau de exigência, de forma e de conteúdo, na exposição escrita da posição das partes dirigida ao tribunal, também a relevância da falta de requisitos formais é reduzida e não obsta à continuidade da ação.

A importância do requisito de forma conforme à Rule 11. (b) FRCP prende-se com uma matéria também ela paralela ao que constatámos no sistema inglês quanto à declaração de veracidade. O que está em causa é uma responsabilização dos intervenientes no processo pela conformidade das suas declarações com a verdade material²⁵⁹. No sistema português a boa-fé processual tende a assumir maior relevo com a consagração do princípio da cooperação. Mas ao nível dos articulados, ainda que estes revistam um papel determinante que não lhes cabe no modelo inglês ou americano, nada é formalmente exigido quanto à conformidade das respetivas narrativas. Antes há a apresentação de documentos, o que não se confunde com a previsão do processo inglês ou americano, já que se reporta a prova de factos ou vicissitudes da ação e não às declarações dos intervenientes no processo em si mesmo consideradas.

Regressando ao sistema americano temos então que para além do requisito relativo à responsabilização pelo que é dito no processo - onde perante a falta é facultada a regularização e num segundo momento, em caso de incumprimento, pode haver lugar a

²⁵⁹ Em referência a estas regras do processo civil inglês e americano Paula Costa e Silva, *A Litigância de Má Fé*, 2008, p. 307-311.

sanção - não existe despacho específico para convite ao aperfeiçoamento de irregularidades formais dos articulados ou falta de apresentação de documento.

O que haverá, no entanto, conforme prescreve a Rule 16. FRCP é a possibilidade de o juiz convocar as partes para uma conferência anterior ao julgamento, subordinada a vários objetivos, entre os quais figura o de se estabelecer um controle precoce e contínuo sobre a ação com vista a evitar-se excessiva morosidade, bem como melhorar a qualidade do processo através de uma preparação mais pormenorizada. Neste enquadramento, podem o tribunal e as partes concluir pela necessidade ou conveniência de regularização dos elementos até então constantes do processo. Veja-se neste sentido a Rule 16. (c) (2) (B) FRCP, de onde resulta a possibilidade de alteração dos articulados se necessário ou desejável.

Também a exigência de apresentação imediata de documentos para sustentação de pressupostos processuais, da pretensão ou para continuidade da ação, não ocorre. Situação que é colmatada com o facto de poder ser apreciada na audiência pré-julgamento a relevância de algum documento, [Rule 16. (c) (2) (C) FRCP], sendo a prova da responsabilidade das partes.

Mais uma vez a supressão das irregularidades de forma não está especificamente prevista, em paralelo com a ausência de rigidez quanto à exposição escrita das partes. A eventual necessidade de correção dos elementos constantes do processo será avaliada em diálogo, em diligência direcionada à gestão do processo para sua rentabilidade. E rentabilidade significa decisão de mérito ou resolução da questão colocada à apreciação do tribunal.

Passamos agora à procura, nos processos inglês e americano, de função equivalente àquela que preenche o despacho pré-saneador português de convite ao aperfeiçoamento da exposição da matéria de facto.

A doutrina²⁶⁰ exclui do raio de ação daquele despacho de aperfeiçoamento, emitido para que sejam suprimidas insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria relativa à causa de pedir tratando-se do autor, e da matéria relativa às exceções tratando-se do réu, a figura da ineptidão da petição inicial (art. 193º CPC), apenas respeitante ao articulado do autor e classificada como nulidade insanável, ou seja, insuscetível de aperfeiçoamento.

Nos termos do referido art. 193º a ineptidão da petição inicial ocorre quando: falte ou seja ininteligível a indicação do pedido ou da causa de pedir; o pedido esteja em contradição com a causa de pedir; ou ainda quando se cumulem causas de pedir ou pedidos substancialmente incompatíveis.

A primeira das situações consideradas é a de inexistência de objeto. A segunda, nas palavras de Lebre de Freitas²⁶¹ é a de contradição lógica entre o pedido e a causa de pedir, como por exemplo pedir a restituição da posse que já se tem. A terceira, também na expressão de Lebre de Freitas²⁶², é a de incompatibilidade material entre pedidos ou causas de pedir²⁶³

²⁶⁰ José Lebre de Freitas, *A Acção Declarativa Comum À Luz do Código Revisto*, 2010, p. 124; Paulo Pimenta *A Fase do Saneamento do Processo Antes e Após a Vigência do Novo Código de Processo Civil*, 2003, p. 156,157.

²⁶¹ José Lebre de Freitas, *A Acção Declarativa Comum À Luz do Código Revisto*, 2010, p. 41.

²⁶² José Lebre de Freitas, *A Acção Declarativa Comum À Luz do Código Revisto*, 2010, p. 42.

cumuladas, o que exemplifica com um pedido de condenação na realização de uma prestação e também na respetiva omissão.

Posto isto, o convite ao aperfeiçoamento dos articulados para supressão das insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de facto pressupõe uma petição com objeto perceptível, ainda que essa compreensibilidade só venha a surgir após intervenção do réu por ficar demonstrado que este interpretou convenientemente o articulado inicial do autor (art. 193º nº 3 CPC), ou através de réplica, nos casos em que seja admitida, conforme Assento 12/94, de 26.05.1994²⁶⁴ que mantém atualidade.

Do que se trata então, conforme já abordámos antes, é de advertir as partes para carrearem para o processo elementos que, a existirem, podem ser relevantes para a solução do problema que é apresentado ao tribunal, não a concessão de uma oportunidade de aproveitamento de petição inviável porque incompreensível.

Aqui situados olhamos agora para o processo inglês e mais uma vez para os poderes atribuídos ao juiz para que possa dirigir eficientemente o processo. Neste âmbito já referimos que a gestão judicial está subordinada a três objetivos principais: incentivar a resolução consensual; garantir rapidez e eficiência no procedimento; e garantir que os recursos sejam aplicados em proporção à dimensão e relevância de cada caso concreto.

A sugestão de aperfeiçoamento dos articulados quanto à exposição da matéria de facto, sendo um meio para uma possível viabilização de solução para o conflito, estará no âmbito do segundo daqueles objetivos, o de se projetar eficiência no procedimento. E para tanto, dentro dos poderes ou responsabilidades de gestão do juiz inglês vamos encontrar, entre muitos outros: a colaboração com as partes na identificação das questões do caso, CPR 1.4(2)(a); e de não somenos importância, o poder de decidir se a ação ou a defesa devem ser rejeitadas por não serem viáveis CPR 3.4(2)²⁶⁵.

Esta rejeição da ação ou da defesa pode ter como fundamentos: a insuficiência de matéria ou falta de fundamentação do *statement of case* para os objetivos a que se propõe; constituir o *statement of case* um abuso do processo; representar o *statement of case* um impedimento ao cumprimento dos procedimentos; ou ainda o *statement of case* levar ao incumprimento de alguma norma, instrução prática (*Practice Directions* - PD) ou ordem do tribunal [CPR 3.4(2)(a) a (c)]²⁶⁶.

²⁶³ Da análise desenvolvida por Mariana França Gouveia quanto ao conceito de causa de pedir no âmbito do instituto da petição inicial, retiramos a identificação de ineptidão da petição inicial com ininteligibilidade e inexistência da mesma e a consequente impossibilidade de sanação, bem como, caso se verifique a compreensibilidade do articulado ainda que em momento posterior através da contestação ou da réplica, a possibilidade de sanação, sendo já, como refere a autora, eventual caso de improcedência do pedido e não de falibilidade absoluta do articulado inicial. Cfr. Mariana França Gouveia, *A Causa de Pedir na Acção Declarativa*, 2004, p. 103 e segs.

²⁶⁴ Publicado no D.R. de 21.07.1994.

²⁶⁵ Cfr. supra capítulo II, 3.2.4

²⁶⁶ Neil Andrews, *O Moderno Processo Civil, formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier, 2010, p. 118; Paula Loughlin & Stephen Gerlis, *Civil Procedure*, 2004, p. 365; Stuart Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure*, 2006, p. 253.

Perante o tema que ora nos ocupa apenas o primeiro dos fundamentos acima enunciados, ou seja, a declaração da causa do autor ou do réu não apresentar fundamentação adequada ou bastante, respetivamente, à instauração da ação ou à defesa, pode apresentar elementos de relevo para a análise que nos propomos.

Nesta situação o juiz inglês rejeita a ação ou a defesa, por sua iniciativa ou sob proposta da parte interessada, por as mesmas não revelarem fundamentação suficiente aos fins a que se propõem²⁶⁷ e o momento em que o faz será o mais inicialmente possível após se ter verificado a irregularidade (PD 23A). O requerimento de rejeição é normalmente apresentado no período compreendido entre a citação e o preenchimento do questionário destinado à fixação da forma do processo (PD 26 e PD 3A).

Perante a insuficiência da fundamentação para os fins a que se destina, tanto podemos entender a ausência de factos com base nos quais se pretende instaurar a ação ou apresentar a defesa, como a insustentabilidade da petição ou da contestação na perspetiva da solução de direito pretendida. Pelo que uma primeira abordagem desta figura leva à conclusão de que a distinção operada no processo português entre ineptidão (nulidade insanável) e articulado insuficiente ou com imprecisões na exposição da matéria de facto, não tem paralelo no processo inglês.

Nestes casos, a aproximação será à figura da ineptidão da petição inicial, apenas respeitante ao articulado do autor, já que a rejeição da ação e a ineptidão têm ambas por função permitir ao tribunal não dar continuidade a procedimentos que não permitem uma análise e decisão de mérito.

Mas antes de uma decisão definitiva, no âmbito dos poderes de gestão tanto é possível aprofundar a investigação dos factos²⁶⁸, como proceder a uma alteração ou retificação²⁶⁹.

É neste contexto que a atuação do juiz inglês beneficia de grande plasticidade. Partindo da cooperação pode chegar ao poder de rejeição parcial ou total das alegações iniciais por não serem viáveis [CPR 3.4 (2)(a)] - sem ser a título sancionatório pela falta de

²⁶⁷ É o seguinte o texto da r. 3.4(1) e (2)(a) CPR:

- (1) "In this rule and rule 3.5, reference to a statement of case includes reference to part of a statement of case.
- (2) "The court may strike out a statement of case if it appears to the court –
 - (a) that the statement of case discloses no reasonable grounds for bringing or defending the claim;"

²⁶⁸ "Where there is a real possibility that, on a full investigation of the factual background, any uncertainty on the merits might be remedied, striking out should be refused (*Kyrris v Oldham* [2003] EWCA Civ 1506, [2004] 1 BCLC 305)." Maurice Kay, *Blackstone's Civil Practice The Commentary*, 2012, p. 504.

²⁶⁹ "The court may allow a party to amend rather than striking out. There have been cases where amendments have been allowed at a very late stage ...".

"An amendment should only be permitted as an alternative to striking out if there is a real prospect of establishing the amend case (*Charles Church Developments plc v Cronin* [1990] FSR 1; *Savings and Investment Bank Ltd v Fincken* (2001) *The Times*, 15 November 2001)". Maurice Kay, *Blackstone's Civil Practice The Commentary*, 2012, p. 419.

cumprimento à ordem dos procedimentos, o que também pode acontecer [CPR 3.4(2)(c)] – bem como se incluem nos poderes do juiz a possibilidade de decisão sobre a extinção do processo em função do exame das questões preliminares [CPR 3.1(2)(l)] ou ainda a desconsideração de questões [CPR 3.1(2)(k)].

Entre o mais e o menos, se a atividade gestora do juiz é sobretudo a de identificar, em colaboração com as partes, as verdadeiras questões em litígio e levar à concentração de todos os esforços na resolução das mesmas, é neste poder de decisão do que é prioritário e na obrigação de promover o andamento célere do processo com vista a um julgamento efetivo que encontramos no processo inglês a possibilidade de análise conjunta do juiz e das partes sobre as eventuais insuficiências na concretização da matéria de facto.

Desde logo verificamos que caso nenhuma regra estabeleça o contrário, o tribunal pode, em qualquer momento, solicitar às partes esclarecimentos sobre questão que esteja em causa no processo, ou a prestação de informações adicionais sobre a mesma, quer essa questão esteja ou não contida, ou mencionada, no *statement of case* (CPR Part 18). As partes podem suscitar entre si a necessidade de clarificação ou de informação, por requerimento reduzido a escrito, e caso não obtenham satisfação do seu pedido podem requerê-lo ao tribunal (PD 18).

Lembramos aqui que a exposição das *particulars of claim* não é exaustiva e que nos termos da CPR 17, antes de um *statement of case* ser notificado à parte contrária, ele é livremente modificado, bem como após a citação ou notificação, com o consentimento escrito das outras partes ou com o consentimento do tribunal, quer o autor quer o réu podem alterar os *statements of case*.

Nos termos da CPR Rule 17.3, quando o tribunal autoriza a alteração requerida, pode dar instruções quanto a modificações a serem realizadas em outros *statements of case* e à notificação das alterações.

É ainda relevante para a matéria que nos ocupa a constatação de que o juiz pode desaprovar uma alteração de um *statement of case* se a mesma se tiver realizado sem a sua autorização, quando necessária.

O requerimento de alteração deve ser acompanhado de uma audiência (PD 17) ou, caso as partes o permitam, apenas por escrito.

Voltando agora a nossa atenção para o sistema americano, também aqui vamos encontrar a possibilidade de realização de correções nos articulados no que toca à exposição ou concretização da matéria de facto alegada. Não necessariamente por sugestão do juiz, mas também pela sua intervenção se considerarmos que uma alteração dos articulados pode surgir na sequência de ter sido considerada procedente uma *motion to dismiss*, nos termos conjugados das Rule 15.(a)(1)(B) e Rule 12.(b),(e) e (f), FRCP.

Referimo-nos à Rule 12.(e) FRCP cuja previsão indica que uma parte que tenha direito de resposta a um articulado pode apresentar um pedido para que o mesmo seja esclarecido ou especificado, se o seu conteúdo for tão vago ou ambíguo que impeça uma preparação razoável da resposta. Este requerimento deve ser feito antes da apresentação do articulado de resposta

e deve apontar os defeitos imputados e os detalhes desejados. Caso o tribunal defira o requerido o articulado deve ser corrigido no prazo de 14 dias após a notificação da ordem, ou dentro de outro prazo determinado pelo tribunal.

No processo americano verificamos três situações em que a *motion to dismiss* pode ser atendida pelo juiz: num primeiro caso, na hipótese de ser patente através da *complaint* que a lei não fornece resposta à situação exposta; num segundo, quando o autor não incluiu na *complaint* alegações indispensáveis à construção do caso, como por exemplo a falta de invocação da relação entre comitente e comissário em acidente de viação quando se pretende acionar o comitente; ou ainda uma terceira hipótese em que a *complaint* esteja elaborada de forma tão complexa ou tão confusa que não seja possível ao tribunal compreender qual é efetivamente o pedido.

Se a *motion to dismiss* for aceite pelo tribunal, o autor terá ainda a oportunidade de alterar o articulado (*complaint*) corrigindo e eliminando erros e faltas²⁷⁰.

De acordo com a Rule 15 FRCP, os articulados podem ser alterados pelo apresentante no prazo de 21 dias após a respetiva apresentação, ou no prazo de 21 dias a contar da notificação do articulado de resposta, ou ainda no prazo de 21 dias após a notificação da apresentação de uma *motion to dismiss*. Para além deste período de tempo as alterações são possíveis com o consentimento escrito da parte contrária, ou com autorização do tribunal e o teor da Rule 15.(a)(2) é claro no sentido de que o tribunal deve consentir as alterações quando a justiça assim o exija. No texto da Rule 15.(b) podemos ler ainda que no decurso do julgamento, se a prova indiciar discordância com as questões levantadas nos articulados, o tribunal deve permitir alterar estes últimos, se, fazendo-o, privilegiar o conhecimento do mérito.

Assim como no processo inglês, a possibilidade de alteração dos articulados no sistema americano é bastante mais ampla do que no português, não sendo a exposição escrita inicial inflexível e limitativa da apreciação das verdadeiras questões em litígio, se elas se vierem a revelar pelo confronto e pelo diálogo entre as partes.

O princípio da estabilidade da instância na sequência da citação (art. 268º CPC) não tem expressão no sistema inglês e no americano, quer pelo facto de não ser exigível um elevado grau de especificação do objeto do processo na fase de apresentação dos articulados, quer pelo facto de estes poderem ser alterados posteriormente no que respeita à concretização ou exposição da matéria de facto alegada.

Esta mesma orientação é consagrada no princípio 10 dos *Principles of Transnational Procedure*, sob a epígrafe *Party Initiative and Scope of the Proceeding*, mais concretamente nos pontos 10.3 e 10.4, onde se verifica que as partes têm direito a alterar as suas posições, já que o campo de abrangência do processo inclui as emendas e correções dos articulados, desde que respeitada a notificação das restantes partes para exercício do contraditório e que não ocorra desrazoável atraso do procedimento ou prejuízo para os outros intervenientes.

²⁷⁰ Jack H. Friedenthal, et al “Civil Procedure”, 10th Ed., Ch. 1.B in *Federal Rules of Civil Procedure*, 2011-2012 Educational Edition, p. XVII.

Não obstante, o princípio 11.3 PPCT também aponta para que na fase dos articulados as partes devem apresentar com algum detalhe os factos relevantes e identificar a discordância legal e a reparação ou compensação pretendidas.

Em suma, quer no processo inglês quer no americano, revela-se de algum modo desnecessário o despacho de convite à supressão das irregularidades e das insuficiências na exposição ou concretização da matéria de facto ao nível dos articulados. Isto porque por um lado a exigência de redução a escrito de todos os elementos de relevo não é absoluta e por outro porque há uma mais ampla possibilidade de retificação e alteração dos articulados.

A delimitação do objeto do processo é dinâmica, mormente no caso inglês em referência ao mérito, sem descurar o princípio da cooperação e por via da oralidade.

Neste panorama, o aspeto relevante é a determinação das verdadeiras questões a decidir no subsequente momento de condensação, em terminologia portuguesa, o que surge no processo inglês no âmbito dos poderes de gestão do juiz submetidos ao princípio da cooperação.

É por via da convocação de uma audiência para administração do caso – *case management conference CMC* - que as partes e o tribunal vão elencar as questões a decidir (PD 29). O tribunal pode solicitar informação para clarificação dos articulados e o objetivo é assegurar que os verdadeiros aspetos em causa estão identificados²⁷¹.

Também no sistema americano prevalece a oralidade e há lugar à convocação de audiência para administração do caso ou organização das fases subsequentes, onde um dos aspetos a considerar é a formulação e simplificação das questões, eliminando-se os pedidos frívolos e procedendo-se à correção dos articulados, se necessário ou desejável. Há um trabalho conjunto cujo resultado se destina a facilitar a boa resolução do caso Rule 16.(c)(2)(A) e (B) FRCP.

No caso português o poder de direção do processo do juiz, enformado pelo princípio da cooperação, permite a obtenção de esclarecimentos e a advertência quanto à irregularidade dos articulados, respetivamente arts. 266º nº 2 e 508º nº 1 b) CPC, mas estes delimitam de forma tendencialmente imutável o objeto do processo desde a fase inicial. No entanto há um momento que permite uma maior aproximação aos modelos estrangeiros analisados. O previsto no art. 508º-A CPC, relativo à discussão da posição das partes em audiência preliminar. E o que marca a diferença não é apenas a característica da intervenção do juiz, mas a oralidade e o diálogo que permitem uma apreciação conjunta mais eficiente para qualquer um dos intervenientes no processo.

No processo civil português encontramos a ideia de eficiência facultada pelo dever de gestão no art. 2º do Regime Processual Experimental, aprovado pelo Decreto-Lei nº 108/2006, de 8 de junho. A direção tomada é a de adequação dos trâmites do processo à causa concreta, de rentabilidade processual por exercício de controlo sobre os atos praticados e de agilização

²⁷¹ Maurice Kay, *Blackstone's Civil Practice The Commentary*, 2012, p. 687.

do processo pela consagração de medidas mais expeditas para resolução de casos equivalentes. Este dever de gestão nascente do RPE não toca o conteúdo do processo²⁷².

A matéria é delicada e contém na sua essência a harmonização entre os princípios do dispositivo e do inquisitório, prosseguida através do poder de direção do processo. No RPE o dever de gestão é apresentado como um dever-poder que reúne poder de direção e princípio de adequação formal²⁷³, (ambos consagrados no CPC, respetivamente nos arts. 265º e 265º-A), como se disse já no sentido de o juiz ser responsável pela adaptação da tramitação ao caso concreto, garantir a ausência de atos inúteis e fazer uso dos mecanismos de agilização previstos na lei. Tudo isto para um fim, o de “...se obter com brevidade e eficácia a justa composição do litígio”, art. 266º nº 1 CPC.

A Lei 41/2013 de 26.06, consagrou os poderes de gestão do juiz de maneira clara no art. 6º e especifica a gestão inicial do processo no art. 590º.

Considerando que a prioridade é da decisão de mérito e esta comporta uma aproximação entre a realidade intraprocessual e extraprocessual²⁷⁴, o juiz não pode descurar, em matéria de convite ao aperfeiçoamento dos articulados quanto à concretização da matéria de facto, que as partes tragam ao processo toda a matéria suscetível de despoletar uma solução. Numa perspetiva ampla do princípio do dispositivo, se as partes dispõem do objeto do processo e ele revela novas facetas num momento posterior à fase dos articulados, teoricamente estas podem, porque assim dita o seu poder de disposição, conformar as questões a decidir com as descobertas realizadas. Isto mesmo prescreve o princípio 10.3 PTCP, ao indicar que o âmbito do processo é delimitado pelos pedidos e pelas defesas das partes, incluindo as emendas.

E, reafirma-se, o juiz deve procurar que as partes apresentem os factos que viabilizam a justa composição do litígio como meta a atingir pelo processo (arts. 264º nº 3 e 266º nº 1 CPC).

O ponto de intersecção é a cooperação, denominador comum aos três sistemas processuais analisados no campo da supressão das insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de facto – art. 266º nº 1 CPC, CPR 1.4 (2)(a), Rule 16. (c)(2)(B) FRCP. Reflexo desta orientação geral de cooperação é o princípio 14 PTCP, onde se lê que o tribunal dirige o processo em colaboração com as partes.

A divergência entre o sistema português por um lado e o inglês e americano por outro, é de perspetiva. O primeiro entende os articulados como estabilizadores do objeto do processo e em respeito pelo dispositivo, na fase de saneamento, sugere que o juiz coopere com as partes, prevenindo-as da necessidade de aperfeiçoamento para resolução do litígio. Os segundos, encarando os articulados como indiciadores da posição das partes, na fase de preparação da prova e organização do processo, determinam que o tribunal e os restantes sujeitos processuais, com base nos articulados e pelo desenvolvimento posterior do processo,

²⁷² Mariana França Gouveia *Regime Processual Experimental*, 2006, p. 106, 107.

²⁷³ Mariana França Gouveia *Regime Processual Experimental*, 2006, p. 31.

²⁷⁴ Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 1997, p. 61.

designadamente pelo diálogo em audiência e pela produção de prova, cooperando, definam as questões a debater. Mas não é descurado o princípio do dispositivo. A oralidade e imediação das audiências, no desenvolvimento da cooperação, proporcionam o reforço imediato de outro princípio transversal a todos os ordenamentos estudados, a igualdade das partes, trave mestra do processo equitativo.

O importante a reter é que a cooperação é integrante do poder de direção do processo e este, por sua vez, é integrante do dever de gestão processual. O juiz desconhece os factos e só dos mesmos toma conhecimento na sequência do oferecimento das partes. Mas é com estes que deve cumprir o dever de proferir uma decisão justa pelo que gere, em colaboração com as partes, a matéria que integra o objetivo final de resolução do litígio.

3. Tentativa de conciliação

No processo português, com o pressuposto de que o litígio verse sobre direitos disponíveis, a tentativa de conciliação pode ter lugar em qualquer estado do processo. Especificamente na fase de saneamento está prevista como primeira das finalidades da audiência preliminar e nos termos do disposto no art. 509º nº 3 CPC a “tentativa de conciliação é presidida pelo juiz e terá em vista a solução de equidade mais adequada aos termos do litígio”. O juiz apenas pode convocar as partes uma vez para este fim, mas estas podem requerer conjuntamente em qualquer momento a realização da tentativa de conciliação. Sobre esta já nos pronunciámos no capítulo I do presente trabalho.

Neste momento pretendemos salientar que no processo português a direção da tentativa de conciliação em fase de saneamento pertence ao juiz, o mesmo órgão que decidirá a causa caso o acordo não venha a ter lugar. No entanto, a Lei 29/2009, de 29 de junho, veio aditar o art. 279º-A ao CPC, abrindo a possibilidade de em qualquer estado da causa o juiz poder determinar a remessa do processo para mediação, suspendendo para tanto a instância, salvo oposição expressa de qualquer uma das partes.

Em Inglaterra tem vindo a ser desenvolvida uma cultura de acordo com recurso a técnicas e meios específicos de resolução alternativa de litígios. As razões que estão na base de utilização destes instrumentos confundem-se com a autodeterminação das partes, que através do acordo detêm amplo domínio sobre o conteúdo e a forma de resolução dos diferendos, mas também com motivos de ordem pragmática, como a contenção do uso do sistema judiciário conhecido pelo seu elevado custo²⁷⁵.

A liberdade das partes para celebração de acordos é um princípio estruturante do processo civil inglês, o que é desde logo revelado na fase pré-contenciosa do processo, onde podem ser celebrados protocolos tendencialmente destinados à resolução consensual dos litígios. Em caso de incumprimento das obrigações previstas no protocolo o tribunal tem poderes sancionatórios por via de decisão relativa às custas, CPR 44.3 (5) (a).

²⁷⁵ Neil Andrews, *O Moderno Processo Civil, formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier, 2010, p. 235; Paula Loughlin & Stephen Gerlis, *Civil Procedure*, 2004, p. 549 e segs.; Stuart Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure*, 2006, p. 467 e segs.

Mas no decurso do processo o tribunal também incentiva a realização de acordos para finalização do processo. À orientação tomada não deve ser estranha a atuação de influentes juízes ingleses, na defesa dos meios consensuais de resolução de conflitos²⁷⁶.

O relatório final de Lord Woolf²⁷⁷ aponta como novo cenário para o processo civil, entre outros, uma litigância menos focada no confronto entre as partes e mais cooperativa, cabendo ao tribunal encorajar as partes no uso de meios de resolução alternativa de litígios, nomeadamente nas conferências que têm lugar antes da audiência para organização do processo e ter em conta uma injustificada recusa das partes aos meios ADR²⁷⁸.

É assim que a gestão ativa dos processos pelo tribunal abrange tanto o incentivo aos ADR, CPR 1.4(2)(e), como a ajuda às partes para que cheguem a acordo sobre a totalidade ou parte da causa CPR 1.4(2)(f).

A parte 36 das CPR prevê a realização de propostas de acordo e a respetiva aceitação, criando um nexo gerador de risco de custas entre a falta de concretização dos acordos e a decisão final. De modo resumido, se a sentença vier a condenar em termos similares a uma proposta de acordo rejeitada, a parte responsável pela rejeição poderá ver agravada a sua posição quanto às custas. Este procedimento será uma pressão para a realização de acordos e por isso, quando ocorre, facilitador da tarefa do juiz no sentido de levar as partes à resolução amigável.

Concretamente na fase de preparação da prova e organização do processo alguns juízes fazem uso da *case management conference* para realização de uma conferência de mediação com vista ao acordo²⁷⁹. Mas na PD 29.4.10(9), lê-se que o tribunal pode sugerir às partes para considerarem os ADR. A mais das vezes o juiz inglês não sugere ele próprio os termos do acordo, verificando-se preferência pela sugestão às partes para que recorram à mediação²⁸⁰, podendo, para tanto, o processo ser suspenso CPR 26.4(1)(2).

Assim como em Inglaterra, a cultura do acordo tem vindo a ser fortemente desenvolvida e apoiada nos EUA²⁸¹, sendo considerada adequada em qualquer estado do processo a convocação de uma conferência com vista ao entendimento entre as partes.

O objetivo será de que a resolução por acordo aconteça o mais cedo possível, com o intuito de se evitar procedimentos desnecessários e onerosos. Mas tornou-se lugar-comum no

²⁷⁶ Neil Andrews, *O Moderno Processo Civil, formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier, 2010, p. 242; Paula Loughlin & Stephen Gerlis, *Civil Procedure*, 2004, p. 6; Stuart Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure*, 2006, p. 17,18.

²⁷⁷ Lord Woolf, *Acess to Justice, Final Report*, 1996, p. 5.

²⁷⁸ Alternative Dispute Resolutions – meios alternativos de resolução de conflitos.

²⁷⁹ Maurice Kay, *Blackstone's Civil Practice The Commentary*, 2012, p. 685.

²⁸⁰ Neil Andrews, *O Moderno Processo Civil, formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier, 2010, p. 252; Paula Loughlin & Stephen Gerlis, *Civil Procedure*, 2004, p.6; Stuart Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure*, 2006, p. 17,18.

²⁸¹ Zulema D. Wilde, Luís M. Gaibrois, *O que é a Mediação*, trad. de Soares Franco, 2003, p. 21.

processo civil federal americano discutir a possibilidade de acordo na conferência anterior ao julgamento²⁸².

Especificamente na fase de preparação da prova e organização do processo, a Rule 16.(a)(5) FRCP, indica a possibilidade de o tribunal convocar uma conferência com o objetivo de viabilizar o acordo. E a mesma Rule 16., nos respectivos pontos (c)(1) e (2)(I), indica a conferência como adequada para a resolução do caso por transação, ou, quando possível pelas leis locais, através de recurso a técnicas diversas fora do tribunal. Pela subdivisão c) desta regra está então esclarecido o poder do tribunal de viabilizar o acordo. Claro que o acordo só é possível com o assentimento das partes, pelo que a conferência é mais produtiva quando subordinada ao princípio da cooperação. Mas mesmo que o caso não possa ser de imediato resolvido, pode ser explorada a possibilidade de utilização de ADR para uma solução consensual do litígio, sem necessidade de realização de um julgamento de mérito.

O papel do juiz americano, paralelamente ao inglês, não será o de impor a negociação às partes relutantes, mas antes o de apresentar um fórum neutral para a discussão e debate do assunto²⁸³.

Ponderados os três sistemas processuais, há confluência no que respeita à tentativa de conciliação em fase de saneamento e organização do processo, podendo a mesma ser da iniciativa do juiz e por este presidida, ou suspenso o processo para recurso a meios ADR. A ordem de preferência é no entanto inversa. Em Portugal é ainda incipiente o uso da mediação no decurso de um processo judicial, enquanto nos processos inglês e americano é mais frequente o recurso a ADR do que a celebração de acordos com a direta intervenção do juiz.

4. Conhecimento do mérito

O conhecimento do mérito da causa sem audiência final justifica-se como modo de aceleração e economia processual, representando uma vantagem para todos os sujeitos processuais quando a maturidade dos elementos disponíveis o permita. Sem conhecimento da natureza e extensão do conflito, sem profundidade, é impossível a obtenção de uma solução justa e equitativa, mormente se esta implica correspondência com a realidade extra processual. Esta abrangência de conhecimento deve ser preocupação do juiz quando decide de mérito, o que se reflete no disposto pelo art. 264º nº 3 CPC, mas é das partes, e só destas, que vem a informação relevante (art. 664 CPC).

Posto isto, no processo civil português o conhecimento do mérito em momento precoce do processo implica a desnecessidade de mais provas e em termos cronológicos pode ter lugar na fase de saneamento, na audiência preliminar, art. 508º-A nº 1 d) CPC, ou em despacho saneador autónomo, art. 510º CPC. A diferença entre uma e outro reside essencialmente na oralidade e no diálogo característicos de uma audiência e no isolamento de um despacho. Mas não é de somenos importância. A oralidade e o diálogo dão uma percepção mais clara e esclarecedora da posição das partes, pelo que a audiência tem sobre o despacho a vantagem de ser uma fonte de conhecimento mais ampla e porventura mais rápida, por

²⁸² *Federal Rules of Civil Procedure*, 2011-2012 Educational Edition, p. 109.

²⁸³ *Federal Rules of Civil Procedure*, 2011-2012 Educational Edition, p. 110.

permitir o imediato direito de resposta. O despacho isolado corre o risco de estar mais longe da realidade extra processual por se basear exclusivamente nos articulados e documentos juntos (523º nº 1 CPC), peças organizadas tendencialmente aos desígnios dos respetivos subscritores. E decidir de mérito, ainda que em fase de saneamento, implica, como atrás se referiu, o máximo conhecimento e segurança possíveis nos elementos do processo, designadamente a convicção de que nada mais de relevante será possível obter, com elevado grau de probabilidade, para a justa composição do litígio. A decisão também pode ser parcial, sobre um de vários pedidos ou sobre exceção perentória. Mas isso não altera o pressuposto da necessidade de conhecimento fundamentado do segmento sobre o qual se decide.

Na fase de organização do processo civil inglês também vamos encontrar a decisão de mérito, quer na vertente de questões autónomas a serem decididas antes do julgamento, quer na vertente de decisão definitiva sem audiência de julgamento e por isso sem audição de provas orais. Referimo-nos à decisão sobre questões preliminares, ao julgamento sumário e à rejeição de ações.

As designadas “questões preliminares”²⁸⁴ traduzem situações das quais depende, em maior ou menor grau, a solução dos restantes aspetos do litígio. Considerando que no direito inglês o decurso do prazo prescricional não é sinónimo de extinção do direito material,²⁸⁵ uma das questões que pode surgir com os contornos da problemática a que agora nos referimos é precisamente a prescrição. A apreciação das questões preliminares depende de requerimento²⁸⁶ (PD 16, 13.1) e está no âmbito dos poderes de gestão do tribunal [CPR 3.1 (2)(l)] a faculdade de rejeitar ou decidir um pedido depois de uma decisão sobre uma questão preliminar. A apreciação das questões preliminares deve ser realizada no âmbito da *case management hearing*²⁸⁷.

O julgamento sumário pressupõe audiência preliminar e é adequado às situações em que a causa não tenha potencialidades de sucesso no sentido da procedência ou improcedência do ou dos pedidos. Destina-se a abreviar todos os encargos resultantes da continuidade do processo para a fase de julgamento e comporta uma decisão baseada apenas na prova documental, como no caso do despacho saneador português em audiência preliminar. Mas com uma diferença assinalável, na medida em que no processo inglês fazem parte destes documentos quer as declarações escritas de testemunhas, quer declarações de veracidade das próprias partes (CPR 24.5), o que não sucede no caso português.

²⁸⁴ Neil Andrews, *O Moderno Processo Civil, formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier, 2010, p. 103; Maurice Kay, *Blackstone's Civil Practice The Commentary*, 2012, p. 935, 936;

²⁸⁵ Neil Andrews, *O Moderno Processo Civil, formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier, 2010, p. 68.

²⁸⁶ Neil Andrews, *O Moderno Processo Civil, formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier, 2010, p. 114; Maurice Kay, *Blackstone's Civil Practice The Commentary*, 2012, p. 687.

²⁸⁷ Neil Andrews, *O Moderno Processo Civil, formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier, 2010, p. 77; Maurice Kay, *Blackstone's Civil Practice The Commentary*, 2012, p. 935.

O julgamento sumário será da iniciativa do autor ou do réu, mas o tribunal também pode determinar a sua realização (CPR 24.2). O juiz deve ponderar as possibilidades ou impossibilidades de êxito da ação ou da questão, mas também se não existem outras razões pelas quais o processo deva chegar a julgamento [CPR 24.2(b)]. Nesta abordagem em audiência é sempre possível às partes explicarem ou clarificarem as suas posições e eventualmente justificarem que o processo deva prosseguir. O que está em causa é o princípio da igualdade das partes e do contraditório, no sentido de influenciar a decisão²⁸⁸, reflexo do objetivo primordial do processo justo (CPR 1.1 e 1.2)²⁸⁹.

A decisão do juiz inglês, para além de poder ir no sentido de decidir em definitivo a causa ou parte dela, ou no de indeferir a pretensão de julgamento sumário dando regular continuidade ao processo, pode ainda, diferentemente do despacho saneador, comportar a imposição de uma condição para que o processo prossiga (PD 24. 4, 5.1 e 5.2). A perspetiva ativista acaba aqui por traduzir um comportamento mais rico em oportunidades de estratégia e resolução.

Ainda quanto ao mérito, ou constituindo recusa de se pronunciar sobre ele, o tribunal inglês tem a faculdade de rejeitar os articulados, *statements of case*, ou parte deles, por si ou a requerimento de qualquer das partes, por falta de fundamentação, por representarem um abuso do processo, por constituírem impedimento à regularidade do procedimento ou ainda por incumprimento de norma, instrução prática ou ordem do tribunal CPR 3.4 (2)(a) a (c). A esta figura já nos referimos no ponto 2 deste capítulo. Aqui cabe realçar que esta rejeição dos articulados, quando baseada na falta de fundamentação para instauração da ação ou defesa pode ser simultânea ao julgamento sumário. Encontramos referência a uma decisão da *Court of Appeal, S vs Gloucestershire CC*, onde esta sobreposição foi confirmada²⁹⁰. A diferença será de grau de ostentação, reservando-se a rejeição dos articulados para os casos em que seja mais patente a falta de fundamentação dos articulados para os fins a que se propõem.

Concluimos então que no âmbito dos deveres de gestão processual o tribunal deve distinguir e decidir quais os assuntos que carecem maior investigação e julgamento e os que podem ser sumariamente resolvidos CPR 1.4(2)(c). Este poder de determinação do que pode ser sumariamente decidido envolve o poder de rejeição total ou parcial dos articulados que não tenham perspetivas de sucesso CPR 3.4 (2)(a).

Voltamos agora a nossa atenção para o caso americano.

No que respeita à rejeição de articulados, ou recusa de decidir de mérito com fundamento em insuficiência ou irregularidade do pedido ou da causa de pedir, verificamos que a mesma só deve ter lugar a requerimento das partes pela *motion to dismiss*, Rule 12.(b), apresentada em momento anterior à contestação. A procedência do requerimento depende

²⁸⁸José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais*, 2009, p. 108

²⁸⁹Neil Andrews, *O Moderno Processo Civil, formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier, 2010, p. 117; Paula Loughlin & Stephen Gerlis, *Civil Procedure*, 2004, p. 349, 350; Stuart Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure*, 2006, p. 237,238; Maurice Kay, *Blackstone's Civil Practice The Commentary*, 2012, p. 518, 519.

²⁹⁰ Neil Andrews, *O Moderno Processo Civil, formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier, 2010, p. 119, nota 86.

da verificação de que resulta claramente do articulado que a situação descrita não tem a solução pretendida, de que faltam elementos essenciais para composição do litígio, ou de que a petição é tão vaga e confusa que é impossível a sua compreensão²⁹¹. Do que se trata é de pedir a extinção do processo sem julgamento de mérito, em campo paralelo à ineptidão da petição inicial, mas com a relevante diferença, como também já referimos, de o tribunal poder facultar à parte uma oportunidade de retificar o articulado e dar continuidade ao processo. Esta forma de atuação distancia-se da ineptidão e gera mais afinidade com o caso inglês^{292_293} por ainda assim permitir alterações que viabilizem o processo [Rule 15.(a)(1)(b)FRCP].

Com mais relevância para o tema que nos ocupa, por representar não uma recusa mas antes uma hipótese de decisão de mérito na fase intermédia do processo civil americano, vamos debruçar-nos sobre a Rule 56.(a) FRCP, sob a designação “*Summary Judgment*”. Explicita esta regra que no prazo de 30 dias após concluída a investigação da prova entre as partes, pode ser requerida a apreciação, total ou parcial, do pedido ou da defesa, o que o juiz deve deferir se o requerente demonstrar que não existe efetiva disputa sobre factos e que tem direito a uma definição dos seus direitos, ou que existem factos essenciais a provar pela parte contrária que não se verificaram, sendo essa inexistência de fácil demonstração. O julgamento sumário é acompanhado de prova documental que como no processo inglês abrange declarações e depoimentos reduzidos a escrito. Nestes termos, a decisão de se viabilizar o julgamento sumário não é tanto ponderada em função da efetiva possibilidade de êxito do pedido ou da defesa por o estado do processo o permitir, como nos casos do julgamento sumário inglês e do despacho saneador português, mas mais pela negativa, por não existir verdadeira controvérsia de facto e apenas se pretender a definição de uma solução jurídica.

Os tribunais americanos tendem a desconsiderar os requerimentos para julgamento sumário, por o seu deferimento representar uma negação do direito ao julgamento²⁹⁴, de maior relevância do que em qualquer outro dos ordenamentos estudados, por aí se centrar a construção de todas as soluções através da presença do júri, no único momento de intervenção que este tem ao longo de todo o processo.

O que assegura o direito a um processo justo conforme consagrado em todos os ordenamentos jurídicos em referência, perante a prolação de uma decisão de mérito em momento antecipado do processo, com preterição da fase de julgamento, é a desnecessidade

²⁹¹ Jack H. Friedenthal, et al “Civil Procedure”, 10th Ed., Ch. 1.B in *Federal Rules of Civil Procedure*, 2011-2012 Educational Edition, p. XVII.

²⁹² “Where there is a real possibility that, on a full investigation of the factual background, any uncertainty on the merits might be remedied, striking out should be refused (Kyrris v Oldham [2003] EWCA Civ 1506, [2004] 1 BCLC 305).” Maurice Kay, *Blackstone’s Civil Practice The Commentary*, 2012, p. 504.

²⁹³ “The court may allow a party to amend rather than striking out. There have been cases where amendments have been allowed at a very late stage ...”.

“An amendment should only be permitted as an alternative to striking out if there is a real prospect of establishing the amend case (Charles Church Developments plc v Cronin [1990] FSR 1; Savings and Investment Bank Ltd v Fincken (2001) The Times, 15 November 2001)”. Maurice Kay, *Blackstone’s Civil Practice The Commentary*, 2012, p. 419.

²⁹⁴ Frank A. Schubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 2004, p. 169.

da mesma para resolução da questão colocada. Se a prova a produzir em audiência não tem a potencialidade de contribuir para uma mais fundada e por isso melhor decisão, porque já se encontram reunidos todos os elementos a tanto necessários, protelá-la não será o melhor caminho para cumprir o objetivo de celeridade que também é parte integrante do processo justo.

O maior fator de equilíbrio desta antecipação é a concomitante reunião do maior grau de conhecimento possível da questão a decidir e, para tanto, de elementos de prova adequados. Para esta maior segurança releva ainda a oralidade, o confronto direto e a eventual prestação de esclarecimentos. Por isto, a decisão de mérito é maioritariamente proferida com audiência das partes e com base em documentação que abrange declarações e depoimentos escritos, das testemunhas e das próprias partes.

Oferece menos segurança o despacho saneador autónomo, sem oralidade e apenas com base em prova documental que exclui declarações reduzidas a escrito. O despacho saneador proferido em audiência preliminar está mais perto de conseguir assegurar a decisão em prazo razoável mediante processo equitativo. Esta é a opção inglesa e a americana, sendo que esta última reduz os riscos da decisão em fase intermédia do processo ao ponto de apenas a admitir onde não existam factos a apurar.

5. Fixação dos factos controvertidos

Sobre os caminhos que levam à matéria relevante constitutiva da base instrutória da causa, ou ao acervo dos factos controvertidos que serão objeto de prova no processo civil português, já nos pronunciámos no capítulo I, 2.2.5. A Lei 41/2013, de 26.06, como também já referimos, inova ao substituir a base instrutória por temas de prova. Aqui cabe apenas salientar que a base instrutória é um elemento disciplinador da prova a desenvolver, bem como é um elemento limitador da decisão²⁹⁵.

Esta última característica resulta da conjugação dos arts. 653º nº 2 e 659º nº 3 do CPC, na medida em que a fundamentação da sentença, para além dos factos admitidos por acordo e provados por documentos ou por confissão, restringe-se aos factos que o tribunal coletivo deu como provados de entre os constantes da base instrutória²⁹⁶.

A potencialidade disciplinadora ou organizativa da base instrutória justifica que todos os sujeitos processuais participem e se responsabilizem, de modo interessado, na sua elaboração. Para tais objetivos importa o debate em audiência preliminar, findo o qual será feita a seleção da matéria de facto relevante para a decisão, nos termos do art. 511º CPC, ou seja, segundo as várias soluções plausíveis da questão de direito. Menos adequada a esta participação coletiva, como é claro, será a seleção feita individualmente pelo juiz, de acordo com o mesmo critério mas limitada à fonte dos articulados, sem audição das partes ou seus representantes.

²⁹⁵ Mariana França Gouveia, *Regime Processual Experimental Anotado*, 2006, p. 110.

²⁹⁶ Mariana França Gouveia, *Regime Processual Experimental, Anotado*, 2006, p. 111.

No processo inglês mais uma vez nos vamos centrar nos poderes de gestão do juiz para abordagem a esta problemática.

Indica a CPR 1.4(2)(a) e (b) que é dever do juiz gerir ativamente o processo, levando as partes a cooperarem entre si e a identificar as questões do caso num estágio inicial. O objetivo é que as verdadeiras questões do conflito sejam compreendidas e nelas se centre a atenção, precisamente porque constituem o fio condutor à resolução. Para boa gestão do caso o tribunal deve preocupar-se em assegurar que as questões entre as partes estão bem identificadas²⁹⁷ e que a prova necessária foi preparada e revelada. É assim que no âmbito da *case management conference* deve ser apresentada pelas partes uma descrição sumária da causa, com identificação das questões de facto sobre as quais haja ou não acordo e os elementos necessários para decidi-las. Esta exposição deve ser preparada pelo autor, com o acordo das restantes partes (PD 29, para 5.7).

No processo federal americano, também na fase intermédia e ao nível da conferência de organização do processo, vamos encontrar entre os assuntos a considerar a procura de concordância sobre factos e documentos para evitar provas desnecessárias, bem como para se viabilizar uma análise antecipada sobre as provas admissíveis [Rule 16.(c)(2)(C) FRPC].

A leitura que fazemos da PD 29, para 5.7(1)(b) inglesa e da Rule 16.(c)(2)(C) FRPC, leva-nos a considerar que o que está em causa nesta delimitação das questões, respetivamente “*issues of fact*” e “*facts*”, é um apuramento dos acontecimentos, ou factos e a busca sobre a confluência ou divergência de versões dos mesmos, para que se discipline e afira a prova. Mas esta procura é livre e apenas se vai sedimentar após a produção de prova, ao contrário do processo português onde a prova é na prática dos tribunais limitada à base instrutória, também por sua vez limitada ao constante dos articulados²⁹⁸.

No processo inglês os factos objeto de prova²⁹⁹ são os designados *facts in issue*, *relevant facts* e *collateral facts*. Os primeiros correspondem aos que o autor tem que provar para obter sucesso no seu pedido, em conjunto com aqueles que o réu tem que provar para obter sucesso na sua defesa. Encontram-se por referência quer à lei substantiva quer ao que as partes alegam, admitem ou não admitem. Os segundos correspondem a factos dos quais se podem inferir os *facts in issue*, são um veículo de prova daqueles. Os terceiros, *collateral facts*, apresentam três categorias: os que respeitam à credibilidade das testemunhas; os que constituem factos cuja prova representa uma condição de admissibilidade da prova de outros; e os que respeitam à qualificação ou competência das testemunhas.

O campo de abrangência da prova é assim vasto e partindo das questões colocadas não se fixa, no entanto, nelas. Há um movimento tendente à descoberta dos factos através da prova e não uma comprovação da versão das partes, conforme no processo português.

O tribunal inglês tem intervenção na determinação dos *facts in issue*, podendo dar instruções sobre as questões em que se exige a prova, a natureza da prova de que necessita para decidir essas questões e a forma como a prova pode ser prestada perante o tribunal (CPR

²⁹⁷ Stuart Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure*, 2006, p. 292.

²⁹⁸ Abrantes Geraldês, *Temas da Reforma do Processo Civil*, II Volume, 2010, p. 148.

²⁹⁹ Maurice Kay, *Blackstone's Civil Practice The Commentary*, 2012, p. 717-719.

32.1). Mas não limita a decisão aos factos previamente seleccionados, como sucede no processo português (arts. 653º nº 2 e 659º nº 3 CPC), factos esses cuja relevância no processo também está dificultada por um regime minucioso (arts. 264º e 650º CPC).

A Lei 41/2013, de 26.06, se bem que consagre a enunciação de temas de prova e elimine o julgamento da matéria de facto em separado, mantém a filosofia do sistema. Isto porque no essencial mantém a seleção prévia da matéria objeto de prova por via da relevância e tendencial imutabilidade dos articulados, bem como porque mantém uma classificação dos factos a considerar pelo juiz (art. 5º) que em tudo dificulta a construção da base da decisão.

No sistema americano, como já mencionámos, na fase intermédia do processo encontramos referência à intervenção do juiz, em colaboração com as partes, para que seja evitada prova desnecessária e para que se obtenha uma visão antecipada da prova admissível.

A prova tem assim que ser relevante, ou seja, contribuir para a avaliação do grau de probabilidade da existência de qualquer facto que é de importância para a determinação da ação (Rule 401. Federal Rules of Evidence). Mas a intervenção do juiz americano é mais limitada do que a intervenção do juiz inglês. Resulta da leitura da Rule 104 das FRE que no processo americano em que há júri, está reservado ao tribunal a apreciação sobre a admissibilidade da prova, mas que nunca pode ser limitado o direito das partes a apresentarem perante o júri os elementos relevantes para ponderação da credibilidade da prova. A existência do júri confere assim características particulares à análise e produção da prova, bem como tem reflexos na respetiva organização. Ao júri cabe ouvir e aferir o grau de credibilidade da prova, ao tribunal cabe ponderar a respetiva admissibilidade³⁰⁰. E nestas circunstâncias, só se constituindo o júri no momento do julgamento, não faz sentido na anterior fase intermédia limitar ou mesmo excluir o que se destina a ser apreciado posteriormente pelo júri, para além do estritamente necessário à eliminação de fatores prejudiciais a uma análise imparcial. Por exemplo questões preliminares relativas à qualificação de uma pessoa como testemunha, ou à existência de sigilo profissional, devem ser decididas pelo tribunal, pois podem constituir uma desnecessária perturbação do julgamento bem como estar fora do âmbito da capacidade do júri³⁰¹. É fácil admitir que depois de ouvido um depoimento prestado em violação de sigilo profissional seja impossível exigir ao júri que apague da sua memória a prova produzida³⁰².

Num julgamento com júri este também vai interferir na determinação dos factos da causa, mas já em julgamento, momento único da sua intervenção no processo, com total desconhecimento do que anteriormente se passou.

E aqui retomamos o tema da distinção entre questões de direito e questões de facto, associado à distinção de funções entre o juiz e o júri, de acordo com o princípio de que as questões de direito são da decisão do juiz e as questões de facto são da decisão do júri, com base na prova produzida no caso³⁰³. Não obstante em Inglaterra ter sido abolido o tribunal do

³⁰⁰ Michael H. Graham, *Federal Rules of Evidence in a nutshell*, 2003, p.24.

³⁰¹ Michael H. Graham, *Federal Rules of Evidence in a nutshell*, 2003, p. 21.

³⁰² Michael H. Graham, *Federal Rules of Evidence in a nutshell*, 2003, p. 21, 22.

³⁰³ I.H.Dennis, *The Law of Evidence*, 2002, p. 92.

júri ³⁰⁴ nas ações cíveis, com raras exceções, encontramos na doutrina inglesa referência à insuficiência da distinção entre fato e direito, por a mesma não ser nítida ou tão simples quanto possa parecer, nem fornecer uma explicação totalmente exata da divisão de funções no tribunal do júri³⁰⁵. Os motivos prendem-se com a natureza mista, de direito e de facto³⁰⁶, das questões elencadas num processo e com a circunstância de a classificação poder ser feita por razões de conveniência que determinam que os princípios gerais sobre a atribuição de funções não devem ser seguidos³⁰⁷.

Notamos que no tribunal do júri americano, embora estando este sujeito às instruções do juiz, (que providenciará por uma sumarização dos factos e questões, dará indicações sobre a lei substantiva aplicável e prestará informação genérica sobre a determinação do grau de credibilidade das testemunhas, bem como sobre a repartição do ónus da prova³⁰⁸), é o júri que profere o veredicto³⁰⁹, o que entendemos como decisão.

De tudo resulta que não encontramos nas *Civil Procedure Rules* nem nas *Federal Rules* uma seleção preclusiva dos factos a provar, mas antes uma organização da prova em torno de temas relevantes que se prendem com a eficiência e planificação da audiência de julgamento. E quer no processo inglês quer no americano, não há um julgamento separado da matéria de facto que vai fundamentar a sentença, como ainda ocorre no processo português por via do disposto no art. 653º nº 2 CPC, se bem que a Lei 41/2013 de 26.02 venha alterar esta situação. Naqueles sistemas, durante a fase intermédia organiza-se a prova em torno das questões construídas ao longo do processo e com a produção dessa prova, concebida como uma descoberta dos factos³¹⁰, são simultaneamente decididas as questões submetidas a julgamento.

Em Portugal, o RPE prevê a possibilidade de não ser elaborada base instrutória, art. 10º nº 2 alínea a), bem como prevê no art. 15º nº 1 que a matéria de facto seja decidida na sentença, solução que o Parecer do Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais da Associação Sindical dos Juizes Portugueses lamentou não ter sido inicialmente considerada pela Comissão de Revisão do Processo Civil³¹¹. Em conformidade com esta perspetiva e em relação à matéria que ora nos ocupa, o Parecer em referência, fundando-se na dificuldade da distinção entre factos instrumentais meramente probatórios e factos instrumentais de especial

³⁰⁴ Neil Andrews, *O Moderno Processo Civil, formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier, 2010, p. 186.

³⁰⁵ I.H.Dennis, *The Law of Evidence*, 2002, p. 92.

³⁰⁶ Em Portugal Mariana França Gouveia também defende esta tese. Mariana França Gouveia, *A Causa de Pedir na Acção Declarativa*, 2004, p. 71 e segs.

³⁰⁷ I.H.Dennis, *The Law of Evidence*, 2002, p. 93.

³⁰⁸ Friedenthal, Miller, Sexton and Hershkoff, "Civil Procedure", 10th Ed., Ch. 1.B in *Federal Rules of Civil Procedure*, 2011-2012 Educational Edition, p. XXII.

³⁰⁹ Friedenthal, Miller, Sexton and Hershkoff, "Civil Procedure", 10th Ed., Ch. 1.B in *Federal Rules of Civil Procedure*, 2011-2012 Educational Edition, p. XXII.

³¹⁰ I.H.Dennis, *The Law of Evidence*, 2002, p. 92.

³¹¹ Parecer do Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais da Associação Sindical dos Juizes Portugueses sobre a proposta da Comissão de Revisão do Processo Civil, 2012, p. 6, disponível em www.asjp.pt/info/pareceres-e-estudos/pareceres-sobre-diplomas-legislativos/ (Cons. 31.12.2012)

relevância na prova de factos principais, defende³¹² um novo paradigma de processo, em que a elaboração da base instrutória respeite ao que designa por grandes temas probatórios e não a factos essenciais articulados, ultrapassando-se a rigidez do regime dos factos com relevância no processo, o que representaria uma aproximação à organização da prova conforme aos modelos inglês e americano. Mais livre e porque assim potencialmente mais esclarecedora do que efetivamente corresponde à verdade material. Neste sentido, a Lei 41/2013 de 26.06 consagra no art. 596º nº 1 a prolação de despacho destinado a identificar o objeto do litígio e a enunciar os temas da prova. E contrariamente às versões iniciais do projeto de revisão, a Lei 41/2013 também prevê que a matéria de facto seja decidida na sentença. Mas mantendo-se a rigidez dos articulados e da classificação dos factos que são relevantes no processo, no momento da decisão a amplitude dos temas de prova será novamente reduzida à sua expressão de factos articulados, instrumentais ou complementares, com toda a dificuldade inerente a esta categorização.

6. Indicação e admissão dos meios de prova

No processo civil português, para além de o autor poder apresentar o rol de testemunhas e requerer outras provas logo na petição inicial (art. 467º nº 2 CPC) e da regra de que os documentos tendentes a provar os fundamentos da ação devem ser apresentados com o articulado onde se aleguem os respetivos factos (art. 523º nº 1 CPC), a audiência preliminar veio a revelar-se como momento ótimo para a indicação dos meios de prova, decisão sobre a sua admissibilidade e preparação das diligências probatórias. Momento ótimo porque destinado à organização dos subseqüentes estágios do processo, com a presença de todos os sujeitos processuais.

Nos casos em que não haja lugar à realização de audiência preliminar, é ainda na fase de saneamento e condensação que são indicadas as provas ou alterados os requerimentos probatórios feitos nos articulados, para o que as partes são notificadas pela secretaria (art. 512º CPC). Este procedimento vai ser no entanto alterado com a entrada em vigor da Lei 41/2013, de 26.06, que determina a apresentação da prova com os articulados [art.s 552º nº 2 e 572º d)] e reserva para a fase de saneamento a possibilidade de alteração do requerimento probatório e aditamento ou alteração ao rol de testemunhas (art. 598º).

No processo inglês a preparação e produção de prova cabe às partes, havendo intervenção complementar do juiz no que respeita à gestão do processo. De acordo com o objetivo prioritário que preside às CPR, o tribunal possui poderes de gestão sobre a prova, designadamente no sentido da contenção de desperdícios de tempo e despesas e da proporcionalidade das diligências ao grau de complexidade da causa³¹³. O que se procura é apenas a prova relevante, sendo esta a que contribui para a aferição do grau de probabilidade de ocorrência ou não ocorrência dos factos³¹⁴.

Para prévio apuramento da eficácia e adequação da prova testemunhal a produzir, os depoimentos das testemunhas são reduzidos a escrito e sob esta forma podem ser prestados

³¹² Parecer Associação Sindical dos Juízes Portugueses, 2012, p. 51.

³¹³ Paula Loughlin & Stephen Gerlis, *Civil Procedure*, 2004, p. 473-475.

³¹⁴ Paula Loughlin & Stephen Gerlis, *Civil Procedure*, 2004, p. 474.

em qualquer audiência, mas o depoimento oral só pode ter lugar na audiência final de julgamento. Nenhuma testemunha pode ser ouvida em julgamento sem antes ter sido apresentada uma declaração dos factos a relatar por esta, (CPR 32.4, 32.5), bem como uma declaração de veracidade CPR 22.1(c).

As CPR também conferem relevo à prova pericial e dentro das considerações de reforma que sustentam, em sintonia com a necessidade de eficácia e de igualdade entre partes mais e menos desfavorecidas, a regra 35.4(1) a (3) inclui nos poderes de gestão do tribunal a decisão sobre a admissibilidade da prova pericial. Ainda por razões de rentabilidade a prova pericial é reduzida a relatório notificado às partes em data anterior ao julgamento CPR 35.14.

Conforme já fizemos referência, no processo inglês as partes trocam entre si os elementos de prova e as informações que possuem, nomeadamente cópia dos documentos referentes às questões discutidas na ação, atividade designada por *disclosure*, CPR Part 31³¹⁵. Para tanto cada parte deve elaborar uma lista dos documentos relevantes para o processo e facultar a inspeção dos mesmos às restantes CPR 31.10(2). A *disclosure* é realizada na dependência das instruções dadas pelo tribunal, quando a causa é adjudicada a uma forma de processo CPR 28.2(1), 28.3, 29.2(1)(a), PD 29, para. 4, ou no momento da *case management conference*, CPR 29.2(1)(b)³¹⁶. Há uma fórmula padrão de *disclosure* que se entende ser a designada pelo tribunal quando este emite ordem de realização deste procedimento de prova, CPR 31.5(1), mas é faculdade do tribunal dar indicações noutro sentido. O juiz pode limitar o âmbito da matéria sobre a qual a *disclosure* é realizada e ordenar que a mesma se processe por estádios, CPR 31.5(2), 31.5(3), 31.13. A fórmula padrão de exibição de documentos obedece aos critérios definidos em CPR 31.6, quais sejam: os que fundamentam a posição da parte; os que afetam negativamente a parte; os que afetam negativamente ou fundamentam a posição de contraparte; e aqueles cuja revelação seja obrigatória em função de uma direção prática relevante. Perante os critérios avançados conclui-se que os documentos neutros não precisam e não devem ser objeto de inspeção ³¹⁷. Para que os documentos trocados constituam prova deve haver indicação para tanto da parte a quem aproveitam, CPR 32.19.

A indicação e admissão de todos os meios de prova que acabámos de referir processa-se na fase intermédia do processo, podendo ser convocadas para tanto várias audiências CPR 3.1(d).

No processo federal americano, à exceção dos casos previstos na Rule 26.(a)(1)(B) FRCP, as partes devem, sem dependência de requerimento nesse sentido ou ordem do tribunal, trocar entre si todos os elementos de prova e informações que possuam e possam vir a ser utilizados em audiência de julgamento, atividade designada por *discovery*. Nos termos da Rule 26 FRCP, devem ser reveladas informações quanto à identificação e localização de pessoas com conhecimento dos factos envolvidos na ação, cópia de documentos e

³¹⁵ Mariana França Gouveia, Nuno Garoupa e Pedro Magalhães, (coord.) *Estudo sobre a Justiça Económica em Portugal – O Sistema Judiciário: sistema processual, organização judiciária e profissões forenses*, 2012, p. 98,99, disponível em <https://www.ffms.pt> (cons. 17.01.2013).

³¹⁶ Maurice Kay, *Blackstone's Civil Practice The Commentary*, 2012, p. 777; Paula Loughlin & Stephen Gerlis, *Civil Procedure*, 2004, p. 473.

³¹⁷ Paula Loughlin & Stephen Gerlis, *Civil Procedure*, 2004, p. 431.

informações armazenadas eletronicamente ou indicação da respetiva localização, cálculo de indemnização e respetivos elementos ou documentos de suporte, identificação de testemunhas e peritos. À semelhança do sistema inglês, as testemunhas devem apresentar um relatório escrito ou deve ser indicado o objeto do seu depoimento e um resumo dos factos e opiniões que constituem o conteúdo do mesmo.

É na fase intermédia do processo, após os articulados e antes da audiência prevista para saneamento e organização dos momentos subsequentes que por indicação da Rule 26.(f) FRCP, deve ser realizada entre as partes uma conferência para análise da possibilidade de decisão imediata do litígio ou, caso contrário, para ponderação da *discovery* e elaboração de um plano para o desenvolvimento e concretização da mesma. A conceção deste plano deve constar de relatório a ser apresentado ao tribunal no prazo de 14 dias após a conferência.

Ainda de acordo com a Rule 26.(b)(2)(C) FRCP, ao tribunal são conferidos poderes para limitar as diligências da *discovery* se: houver cumulação ou duplicação; a informação puder ser obtida por fonte menos onerosa; a parte requerente já teve oportunidade de obter a informação que vem solicitar; ou se os encargos para obtenção da informação através da *discovery* são superiores ao benefício estimado da mesma, ponderando as necessidades do caso, o valor em conflito, os recursos das partes, a importância das questões debatidas e a relevância da informação para a resolução das questões.

Após iniciado o processo de descoberta inerente à *discovery*, nos termos da Rule 16. FRCP, pode ter lugar uma ou mais audiências para organização do processo designadas por *pretrial conferences*. É no decurso destas audiências, sob orientação do tribunal que se vai proceder ao agendamento da *discovery*, com possibilidade de alteração dos prazos previstos para a sua concretização, modificação da sua extensão ou incluir acordos das partes relativos à prova. É também no decurso destas conferências que o tribunal pode tomar medidas quanto à admissibilidade de provas, rejeição de prova desnecessária porque cumulativa, limitação do uso de testemunho nos termos da Rule 702 FRE, controlar e programar a *discovery* e estabelecer um limite razoável para o prazo de apresentação das provas.

Sem paralelo no processo português, encontramos no sistema inglês e americano uma atividade de descoberta dos factos através da troca de informações de cuja seleção resultará a prova a ser considerada no processo. Em consequência, enquanto na tramitação portuguesa apenas está prevista na fase intermédia a indicação ou a alteração dos meios de prova e a decisão sobre a respetiva admissibilidade, no processo inglês e no americano é considerada e está prevista a sequência de atos necessária, respetivamente, à *disclosure* e à *discovery*. No entanto, no caso americano e em função do tribunal do júri, constituído apenas na fase de julgamento e por isso com desconhecimento dos atos processuais anteriores, toda a prova é novamente apresentada ao júri em audiência de julgamento.

Os procedimentos tendentes à revelação da prova em momento anterior à sua junção ao processo constituem um modo de evitar surpresas e viabilizam uma preparação sólida das partes quanto aos resultados da respetiva produção e às questões a decidir daí emergentes. Em Portugal, a pretensão de se evitar o “efeito surpresa” e a impreparação das partes face a

elementos novos seria prosseguida pelo princípio da preclusão³¹⁸, levando-as a expor desde o início todos os argumentos de que dispunham. A divergência de caminhos é bem reveladora do também diferente grau de importância da prova, no modelo anglo-saxónico e dos articulados, no modelo português, com as consequências já apontadas de maior distanciamento do elemento escrito face à realidade extraprocessual.

No sistema português a prova é sempre relativa aos factos alegados em juízo³¹⁹, seja perspectivada como atividade, como finalidade ou como meio. No modelo anglo-saxónico a prova é que revela os factos em juízo.

A diferença dos sistemas de prova entre Portugal, Inglaterra e os EUA afigura-se da maior importância, pois é a amplitude da descoberta que retira o sentido a posições rígidas das partes quanto às questões apresentadas no início do processo, antes de ter sido explorada a oportunidade de utilização destes mecanismos de obtenção de informações.

7. Designação da data da audiência final

Na previsão do art. 508º-A CPC, uma das finalidades complementares da audiência preliminar é a de designação de data para a realização da audiência final, bem como o momento oportuno para as partes requererem a gravação da audiência ou a intervenção do coletivo. Na ponderação da data a designar deve ser tida em conta a duração das diligências probatórias previstas e a disponibilidade dos intervenientes, já que o propósito da marcação em audiência é a possibilidade de encontro de uma data consensual e que por isso venha a ser cumprida, evitando-se mais encargos e delongas prejudiciais à boa resolução da causa. Com este mesmo objetivo, para o caso de não haver lugar a audiência preliminar, prevê o art. 155º nº 1 CPC que o juiz deve marcar a audiência mediante acordo prévio com os mandatários das partes. Com exceção de casos pontuais como o da designação de julgamento nas ações de indemnização previsto no art. 647 nº 1 CPC, onde se agiliza a marcação da audiência em função da duração do exame dos danos, o CPC não apresenta maior amplitude do que a agora indicada para agendamento da audiência, estando os respetivos trâmites de realização previstos no art. 653º e segs. CPC. No entanto, a Lei 41/2013, de 26.06, nos termos do art. 591º nº 1 alínea g), confere maior relevância à planificação, dando indicação para que os atos a realizar na audiência final sejam programados, calculado o número de sessões e a sua duração e fixadas as respetivas datas.

Em diferente perspetiva o sistema inglês envolve a realização da audiência final numa atividade de preparação detalhada e com várias opções de marcação. De acordo com a regra CPR 29.2(2), o tribunal fixa a data do julgamento ou o período em que o mesmo deve ocorrer o mais cedo possível, o que se entende como o momento de realização da primeira audiência para gestão do caso³²⁰. No entanto, nas causas de maior grau de complexidade a marcação da audiência final tem normalmente que ser efetuada em momento posterior, embora ainda na fase intermédia do processo e no âmbito da sua organização com vista à preparação e realização da audiência.

³¹⁸ Manuel A. Domingos de Andrade, *Noções Elementares de Processo Civil*, 1979, p. 382, 383.

³¹⁹ Rui Manuel de Freitas Rangel, *O ónus da prova no processo civil*, 2002, p. 21.

³²⁰ Stuart Sime *A Practical Approach to Civil Procedure*, 2006, p. 421.

Como resulta do que já ficou dito existem dois métodos³²¹ para designação da data de audiência: ou uma data fixa; ou a definição de um período de tempo dentro do qual terá início a audiência de julgamento. As datas assim pensadas são notificadas às partes em simultâneo com um formulário de verificação de vários elementos do processo, designadamente o cumprimento de instruções dadas até ao momento, identificação de testemunhas e peritos. O objetivo é reunir informação atualizada que permita ao tribunal organizar a audiência de julgamento e estruturar a respetiva calendarização³²². Este formulário, depois de preenchido pelas partes é devolvido ao tribunal no prazo determinado por este ou no que tenha sido estabelecido em audiência marcada para gestão do caso, normalmente num curto período após a troca das provas estar concluída³²³. Uma vez devolvidos todos os formulários ou ultrapassado o prazo designado para tanto, o tribunal pode ponderar fazer ele próprio a calendarização do julgamento, ou convocar uma audiência para a respetiva preparação³²⁴. Nesta última hipótese pode ser convocada uma audiência designada por *pre-trial directions hearings*³²⁵, cuja função é a de verificar se foram cumpridas todas as ordens e instruções anteriores e providenciar as medidas adequadas à fixação da data de julgamento, concentrando-se o objetivo nesta marcação³²⁶, ou antes uma conferência denominada *pre-trial review*, que tem uma maior amplitude de temas e para além de viabilizar a verificação do cumprimento de instruções anteriores, pode ainda servir à promoção de um acordo³²⁷. A tarefa provavelmente mais relevante da *pre-trial review* é a calendarização da audiência de julgamento, através do que podem ser estabelecidos limites de tempo para o depoimento de testemunhas, interrogatório e contrainterrogatório, intervenções dos mandatários e demais atos a praticar na audiência.

Se houver acordo das partes quanto à gestão e agendamento da audiência de julgamento e o tribunal considerar as propostas adequadas, pode proceder à aprovação sem audiência e dar instruções nos termos propostos, CPR 29.4.

Também no sistema americano a marcação da data para a audiência final envolve o incentivo à respetiva qualidade, através de uma preparação detalhada na fase intermédia de organização do processo. É esta a indicação da Rule 16.(a)(4) FRCP, sendo que a Rule 16.(e) FRCP prevê a realização de uma audiência específica para cumprimento deste objetivo designada por *Final Pretrial Conference*.

No caso americano, sob a previsão da mencionada Rule 16. FRCP, o tribunal pode convocar uma ou mais audiências subordinadas aos objetivos de incentivar a marcha do processo, estabelecer um controle continuado sobre a regularidade dos respetivos termos, desencorajar atividades supérfluas, melhorar a qualidade do julgamento através de uma melhor e mais detalhada programação, como já mencionámos e incentivar o acordo. Subordinada por sua vez a estes temas está a indicação de agendamento pelo tribunal, após conclusão da *discovery*, como método adequado à concretização dos objetivos prosseguidos.

³²¹ Stuart Sime *A Practical Approach to Civil Procedure*, 2006, p. 421.

³²² Maurice Kay, *Blackstone's Civil Practice The Commentary*, 2012, p. 690.

³²³ Stuart Sime *A Practical Approach to Civil Procedure*, 2006, p. 421.

³²⁴ Maurice Kay, *Blackstone's Civil Practice The Commentary*, 2012, p. 690.

³²⁵ Maurice Kay, *Blackstone's Civil Practice The Commentary*, 2012, p. 691.

³²⁶ Maurice Kay, *Blackstone's Civil Practice The Commentary*, 2012, p. 691.

³²⁷ Maurice Kay, *Blackstone's Civil Practice The Commentary*, 2012, p. 691.

Esta ordem de agendamento que deve estabelecer limites temporais à intervenção de terceiros, alteração de articulados, conclusão da *discovery* e apresentação de outros requerimentos, pode incluir a indicação da data para a realização da audiência final, Rule 16.(b)(3)(A) e (B)(V).

Regressando à *Final Pretrial Conference*, verificamos que esta deve realizar-se o mais próximo possível da data designada para a audiência de julgamento e que nela deve ser realizada uma calendarização do julgamento, incluindo um plano que facilite a admissão de provas.

Concluímos pelo entendimento de que a designação da data da audiência final processa-se na fase intermédia do processo em todos os ordenamentos jurídicos estudados, com a relevante diferença de que nos sistemas inglês e americano há uma planificação e calendarização adequada a cada caso, em sintonia com poderes de gestão conferidos ao tribunal, enquanto no sistema português a data é tendencialmente marcada e ponderada em função da disponibilidade de agenda do tribunal e dos mandatários das partes, bastando-se a realização da audiência com as indicações abstratas dos arts. 653º e segs. CPC.

VI – CONCLUSÕES

	SANEAMENTO E CONDENSAÇÃO								
	PRÉ SANEADOR			AUDIÊNCIA PRELIMINAR			SANEADOR		
	P	I	A	P	I	A	P	I	A
Apreciação e suprimento de vícios processuais	X			X			X		
Convite ao aperfeiçoamento	X			X	X*	X*			
Tentativa de conciliação				X	X	X			
Conhecimento do mérito				X	X	X	X		
Fixação dos factos controvertidos				X			X a)		
Indicação e admissão dos meios de prova				X	X	X	X b)		
Designação da data da audiência final				X	X	X	X c)		

Legendas: Portugal P, Inglaterra I, Estados Unidos da América A

* Apenas no que respeita a insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de facto alegada;

a) Na ausência de audiência preliminar a fixação dos factos controvertidos é um ato independente do despacho saneador mas na prática dos tribunais portugueses é notificado às partes com o despacho saneador, cfr. arts. 510º e 511º CPC;

b) Na ausência de audiência preliminar a advertência para indicação dos meios de prova é um ato independente do despacho saneador mas é notificado às partes conjuntamente com este despacho, cfr. arts. 510º e 512º nº 1 CPC;

c) Na ausência de audiência preliminar a designação do dia para a audiência final é independente do despacho saneador, cfr. arts. 510º e 512º nº 2 CPC e tem lugar após o decurso do prazo de reclamação da seleção da matéria de facto, mas sendo o único ato materialmente independente do despacho saneador e o último da fase de saneamento e condensação, optámos pela sua visualização no despacho saneador.

Ainda que a doutrina estrangeira faça referência a duas fases de tramitação nos processos inglês e americano, *pre-trial stage* e *trial stage*,³²⁸ pelo tipo de atos surgidos em cada momento destes sistemas concluímos antes pela existência de três estádios. A estrutura do processo nos três sistemas é idêntica, dividindo-se em três momentos preponderantes: apresentação do caso, com mais ou menos relevância da forma escrita; preparação da prova e organização do processo; e julgamento. Restringindo a análise à fase que nos ocupa, a intermédia, verificamos igualmente semelhanças, pois em todos os sistemas é este o momento de ponderação e triagem dos elementos que compõem o processo, retificando-se e decidindo-se o que o possa ser, com maior ou menor amplitude, bem como é aqui que se prepara o subsequente julgamento, incluindo a prova. No entanto a aparente identidade esconde uma realidade bem diversa. Aprofundando a apreciação, ao chegarmos à individualização dos atos e funções da fase de saneamento e condensação do processo civil português, confrontada com a fase de preparação da prova e organização do processo nos sistemas inglês e americano, descobrimos diferenças de relevo, muitas delas com origem na também diferente conceção das fases inicial e final do processo nos diversos sistemas, já que estamos perante uma realidade dinâmica.

No seu todo trata-se de modelos diferentes. E porque assim é, as dissemelhanças funcionais dos atos e da fase inviabilizam a comparação. O preenchimento da grelha é um equívoco. No entanto o estudo da diversidade dos sistemas continua a ser do maior relevo para a aprendizagem dos modos de comunicação e intercâmbio imprescindíveis à vida contemporânea³²⁹.

No modelo português a fase de saneamento inicia-se com a organização do processo em torno de vicissitudes formais, desenvolve-se sobre a suficiência do que ficou escrito pelas partes e culmina com a indicação dos meios de prova em função das versões dos factos apresentadas. Na fase intermédia do processo no modelo anglo-saxónico analisam-se os elementos suscetíveis de constituir prova da versão real dos factos e organiza-se o processo em torno dessa procura de reconstituição da realidade. Aqui os pressupostos formais não apresentam autonomia e o elemento preponderante é a prova, sendo em função desta que se organiza o julgamento. Ali, no modelo português, os pressupostos formais são objeto de apreciação individualizada, o elemento preponderante é o que ficou escrito e sobre este se indica a prova, havendo uma tímida organização do julgamento.

Desde logo verificamos que como reflexo da pouca relevância dada à forma escrita e pelo carácter não preclusivo da *claim form* inglesa ou dos articulados americanos³³⁰, as meras irregularidades formais não merecem destaque nos respetivos processos, contrariamente ao que sucede no caso português. Pela mesma ordem de razões, com exceção da competência do tribunal no sistema americano, os pressupostos processuais não assumem papel determinante nos sistemas inglês e americano, onde a irregularidade formal, no que respeita ao tribunal e às partes, é objeto de resolução pontual na fase em que nos situamos, ou se possível logo no

³²⁸ Oscar G. Chase, et al *Civil Litigation in Comparative Context*, 2007, p.7.

³²⁹ José de Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 1980, p. 136.

³³⁰ Maurice Rosenberg, *The Pretrial Conference and Effective Justice*, 1964, p. 6,7.

momento inicial do processo, quando por exemplo no caso inglês a ação é apresentada em tribunal incompetente e é o juiz a determinar a remessa para o adequado. Nos ordenamentos estrangeiros a compleição formal do processo vai sendo trabalhada, fundamentalmente pelas partes tratando-se do sistema americano e através do exercício de amplos poderes de gestão atribuídos ao juiz no caso inglês. Para esta fórmula de tramitação também contribui a ampla possibilidade de alteração ou modificação dos elementos do processo ou articulados, incluindo o chamamento ou a intervenção de outras partes em função das alterações que o justifiquem, já que através desta inclusão podem ser regularizados pressupostos como o da legitimidade. Em consequência do que fica dito surge a secundarização da apreciação e suprimento de vícios processuais nos sistemas inglês e americano, enquanto no processo português estes vícios têm impacto e são objeto de análise específica em três atos da fase de saneamento: despacho pré-saneador; audiência preliminar; e despacho saneador.

Ainda em consequência do reduzido peso da forma escrita nos sistemas inglês e americano e perante uma conceção aberta dos elementos necessários à instauração do processo, prática expressivamente apelidada de *notice pleading* por contraposição ao sistema de *fact pleading*³³¹ característico de processos como o português, a estabilização do objeto do processo é relegada para momento posterior ao previsto no modelo português e a consideração dos factos é de superior amplitude e elasticidade. Em conformidade, no momento da decisão o sistema inglês e o americano estão potencialmente mais perto da realidade extraprocessual e do mérito da causa entendido como o conteúdo factual do processo. O mérito é uma preocupação e uma prioridade dos sistemas estrangeiros em referência. Por isso o julgamento sumário também surge na fase intermédia do processo, adequado às situações em que a causa não tenha potencialidades de sucesso no sentido da procedência ou improcedência do ou dos pedidos, mas apenas em audiência e no caso americano apenas quando na situação concreta não existam mais factos possíveis a apurar para além dos que já constam do processo. De qualquer modo impõe-se a presença e o cabal esclarecimento das partes, na já referida audiência que visa assegurar o respeito pelos princípios da oralidade e da imediação.

O cumprimento dos princípios da oralidade e da imediação nos sistemas estrangeiros estudados tem no seu verso o princípio da cooperação e o dever de boa-fé processual com uma amplitude superior à prevista no processo português. Neste último caso resulta não só do artigo 266º-A CPC que agir de boa-fé e observar os deveres de cooperação são coisas distintas, bem como se retira do teor do art. 456º nº 2 alínea c) CPC que no segmento do dever de cooperação só há má-fé com omissão grave, também por seu turno com dolo ou negligência grave. Não obstante este estreitamento do princípio, no campo específico da prova o art. 519º CPC impõe o dever de cooperação para a descoberta da verdade. A Lei 41/2013, de 26.06, mantém a situação descrita, tendo em conta a redação que confere aos artigos 7º, 8º, 417º nº 1 e 542º nº 1 c), do CPC.

³³¹ Oscar G. Chase, et al *Civil Litigation in Comparative Context*, 2007, p.8; Mariana França Gouveia também defende esta tese. Mariana França Gouveia, *A Causa de Pedir na Acção Declarativa*, 2004, p. 133-145.

Sem termo de comparação no modelo português, nos sistemas estrangeiros em referência a informação veiculada pelas partes, mormente a referência aos factos, é desde logo acompanhada da exigência de conformidade com a realidade. No caso inglês os *statement of case* devem conter uma declaração de veracidade CPR 22.11(1)(a) e na previsão americana a Rule 11. (b) FRCP, dispõe que quem apresenta um articulado, seja advogado ou diretamente a parte se não representada, deve certificar que se pautou por um grau de conhecimento exigente e que as suas referências, informações e opiniões, são formadas após uma averiguação ponderada. Ainda no caso inglês e sem paralelo com o processo português, deve ser elaborada para a *case management conference* uma exposição resumida dos assuntos em análise no processo, de comum acordo entre as partes³³². Entendemos então que no exemplo inglês e americano a cooperação exigida às partes e materializada na troca de informações está formatada por um dever de boa-fé processual que potencializa um maior paralelismo entre os dados constantes do processo e a realidade extraprocessual.

Os três sistemas obedecem ao princípio da apresentação da prova pelas partes. Mas as diferenças resultantes da *disclosure* inglesa e da *discovery* americana por um lado, e a ausência de fixação de base instrutória como elemento limitador da decisão por outro, conferem aos sistemas estrangeiros mais ampla capacidade de resposta e eficácia na justa composição do litígio do que a possível no sistema português. Mais uma vez por se tratar de resposta potencialmente mais próxima da realidade extraprocessual. Não esquecemos que a necessidade de averiguação dos factos tem origem na irrelevância dos articulados, com vantagem para uma visão imparcial dos acontecimentos, já que os articulados são apresentados pelas partes na direção pretendida por cada uma delas, potencializando-se o risco de artificialismo. A obrigatoriedade de revelação e troca de todos os elementos de prova, com possibilidade de aproveitamento para a solução da causa do que assim se descubra, é então uma mais-valia do sistema inglês e do americano. Os factos vão sendo revelados ao longo do processo e estabilizam no julgamento, enquanto no processo português a decisão tende a confirmar ou a negar a versão dos factos apresentada por cada uma das partes no momento da instauração da ação, com maior margem de distanciamento da realidade.

Diferença da maior relevância é a que resulta da presença dos amplos poderes de gestão do juiz no caso inglês, subordinados a objetivos determinados como: assegurar a igualdade das partes; economizar despesas; adequar as medidas tomadas de acordo com critérios de proporcionalidade às quantias envolvidas, à importância do caso, à complexidade das questões e à posição financeira de cada parte; assegurar que o caso seja tratado de maneira rápida; e distribuir de forma equilibrada os recursos do tribunal. A gestão de processos é o meio encontrado para incentivar as partes ao acordo, evitar delongas processuais e ineficácia e garantir a proporcionalidade das medidas conforme aos objetivos antes referidos. Nesta conformidade e sem que conste das CPR uma lista exaustiva dos poderes de gestão conferidos aos juizes, a estes compete: encorajar a cooperação entre as

³³² No âmbito da tramitação do processo no *The Commercial Court* irlandês encontramos a elaboração de documento idêntico, a apresentar ao tribunal pelo autor com o acordo da outra parte. Mariana França Gouveia, Nuno Garoupa e Pedro Magalhães, (coord.) *Justiça económica em Portugal - Visitas a Tribunais Estrangeiros*, 2012, p. 22, disponível em <https://www.ffms.pt> (cons. 17.01.2013).

partes CPR 1.4(2)(a); incentivar o acordo das partes CPR 1.4(2)(f); incentivar a procura de soluções alternativas CPR 1.4(2)(e); determinar a suspensão do processo para viabilização do recurso a meios alternativos de resolução do conflito CPR 3.1(2)(f); ajudar à definição das questões do caso CPR 1.4(2)(a); ordenar a resolução das questões CPR 1.4(2)(d) e 3.1(2)(j); definir o que pode ser decidido de modo sumário CPR 1.4(2)(c); decidir sobre a rejeição da ação ou da defesa CPR 3.4(2); se há lugar a extinção do processo em função de questões preliminares CPR 3.1(2)(l); desconsiderar questões CPR 3.1(2)(k); incentivar a celeridade processual através da marcação de prazos e outras fórmulas de calendarização CPR 1.4(2)(g); dar instruções para que o julgamento se realize no mais curto espaço de tempo CPR 1.4(2); e dar instruções quanto a custas tendo em conta a regra da proporcionalidade CPR 1.4. A importância destes poderes prende-se com o facto de a maioria ter o seu campo de incidência na fase intermédia do processo objeto do nosso estudo, pelo que se revelam como instrumentos adequados à organização do processo e preparação da subsequente fase de julgamento. Sob o princípio da cooperação é no âmbito da gestão do processo que vamos encontrar o papel do juiz na apreciação e suprimento de vícios processuais, no aperfeiçoamento de elementos do processo, no incentivo ao acordo, na ponderação da possibilidade de decisão sumária, na organização e preparação da prova e finalmente no agendamento e calendarização da audiência final. Um juiz ativo e empenhado na resolução da questão que para tanto lhe é apresentada pelas partes. E verificamos ainda que o juiz possui poderes para evitar abusos do processo, podendo mesmo sancionar a falta de cumprimento de requisitos processuais e o mau uso do processo com uma rejeição da ação ou da defesa.

Não obstante a sua expressiva dimensão, os poderes de gestão são instrumentais e estão subordinados aos objetivos descritos, pelo que sendo bastante amplos e abrangentes estão sempre vinculados ao fim que os orienta. Nem sequer é posta em causa, pela doutrina inglesa, a classificação do sistema como adversarial³³³.

O que daqui resulta é que a direção do processo está subordinada à gestão objetivada e não configura uma manifestação de autoritarismo. A gestão antes se revela como um elemento disciplinador e orientador da direção do processo com vista ao seu objetivo final, a resolução do litígio.

Como ficou dito o processo inglês e o americano apresentam diferenças assinaláveis no que respeita às funções da respetiva fase intermédia comparativamente com o português, mas também entre si, fundamentalmente pela menor amplitude dos poderes de gestão no processo americano e pelo seu mais frequente recurso ao tribunal do júri.

A fase intermédia de qualquer um dos processos tem a sua função comprometida com as restantes fases inicial e final, sendo a tramitação processual uma realidade dinâmica que requer coerência para o seu equilibrado desenvolvimento.

No processo português, a exigência da forma escrita e tendencialmente abrangente de todos os elementos classificados como relevantes no momento da instauração da ação gera

³³³ Paula Loughlin & Stephen Gerlis, *Civil Procedure*, 2004, p. 101.

rigidez, inflexibilidade e a definição do objeto do processo num estágio precoce ou imaturo, antes do debate para conhecimento dos factos, o que reduz a utilidade ou o alcance da fase de saneamento. Por outro lado, a elaboração de uma base instrutória limitativa da posterior decisão também desvirtua a potencialidade dos atos em referência, pois onde se devia enriquecer a base de informação para futura seleção, seleciona-se desde logo sem o conhecimento fruto da prova a produzir.

Encarando o processo como um método de trabalho para resolução imparcial das questões ou diferendos que para tanto são apresentados ao tribunal, verificamos que é imprescindível o conhecimento dessas questões, depuradas dos elementos artificiais tendentes à defesa da posição individual de cada uma das partes. A decisão implica conhecimento e o conhecimento implica a prova, pelo que é uma contradição limitar os parâmetros da decisão antes da totalidade da prova produzida.

Se assim é e o art. 266º nº 1 CPC prevê como fim do processo a justa composição do litígio, verificamos que as soluções apontadas pelos sistemas estrangeiros levam mais longe a possibilidade de conhecimento dos contornos do litígio sem prejuízo dos direitos das partes, designadamente em respeito pelo princípio do dispositivo. Mas perante a essência dinâmica do processo e a interdependência que se estabelece entre a cadência dos seus atos, também pensamos que só muito dificilmente se podem importar ideias parcelares para uma fase processual. A introdução de alterações implica uma visão de conjunto.

A mais clara conclusão deste trabalho é a de que sob princípios de orientação comuns a todos os sistemas estudados, entre os quais salientamos os que estabelecem a independência e imparcialidade do tribunal, a igualdade das partes, o dispositivo, o direito ao contraditório, a cooperação e o direito à prova no sentido de se obter a justa composição do litígio, é possível criar modelos de intervenção bastante diversos, alguns com vantagem em termos de eficácia e inerente satisfação do fim do processo. Falamos do modelo inglês, rico em soluções mais abrangentes para os litígios que são colocados à sua decisão. Não sendo viável um aproveitamento cego das CPR, aí se pode encontrar uma experiência diversa com resultados otimizados que pode ser fonte de inspiração.

A existência de resposta efetiva aos pedidos de paz social é imprescindível ao equilíbrio das sociedades modernas e passa pela legitimação dos tribunais, pelo que o processo civil tem que ser ponderado para cumprimento desta exigência, ou seja, para constituir um método apto ao conhecimento e resolução dos litígios privados. Este conhecimento obtém-se com proximidade às partes, em respeito pelas regras processuais que são o garante da imparcialidade. O fim é encontrar a mais satisfatória de todas as soluções para os problemas colocados.

VII- BIBLIOGRAFIA

A

Aa. Vv., *Parecer - Proposta da Comissão de Revisão do Processo Civil*, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais, Fevereiro de 2012, disponível em www.asjp.pt/info/pareceres-e-estudos/pareceres-sobre-diplomas-legislativos/ [acesso dez. 2012]

ALEXANDRE, Isabel, "A fase de instrução no processo declarativo comum" in *Aspectos do Novo Processo Civil*, Lisboa: Lex, 1997, p. 273

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Direito Comparado, Ensino e Método*, Lisboa: Edições Cosmos, 2000

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Introdução ao Direito Comparado*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 1998

AMARAL, Diogo Freitas do, *Direito Administrativo*, vol. II, Lisboa: AAFDL, 1984

AMARAL, Maria Lúcia, *A Forma da República – Uma introdução ao estudo do direito constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005

ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 1979

ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980

ATIENZA, Manuel, *As Razões do Direito - Teorias da Argumentação Jurídica*, trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino, 3ª ed., São Paulo: Landy Editora 2003 (reimpressão 2006)

B

BAPTISTA, Pereira, REGO, Lopes do, FREITAS, Lebre de, CORREIA, João, TELLES, António, SILVA, Cristina, "Linhas Orientadoras da Nova Legislação Processual Civil" in *Sub Judice - Justiça e Sociedade*, nº 4, Lisboa, 1992, p. 37

BRITO, Wladimir, "O Poder Judicial" in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXX, Coimbra, 2004, p. 231

C

CAMPOS, Joana Paixão, *A Conciliação Judicial*, Lisboa, Faculdade de Direito UNL (policopiado), 2009

CAPPELLETTI, Mauro, *Le Pouvoir des juges*, trad. de René David, Paris: Economica, 1990

CARRINGTON, Paul D., "Historical Introduction", in *Federal Rules of Civil Procedure*, Educational Edition, WEST, 2011-2012, p. VII

CHASE, Oscar G., HERSHKOFF, Helen, SILBERMAN, Linda, TANIGUCHI, Yasuhei, VARANO, Vincenzo, ZUCKERMAN, Adrian, *Civil Litigation in Comparative Context*, Thomson West, 2007

CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, tra. de José Casáis y Santaló, Madrid: Editorial Reus, 1925

CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, vol. I, 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2012

D

DENNIS, I.H., *The Law of Evidence*, 2ª ed., London: Sweet & Maxwell, 2002

DIDIER JR., Fredie, *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012

F

FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba Y Verdad en el Derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2002

FREITAS, José Lebre de, *Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009

FREITAS, José Lebre de, *A Acção Declarativa Comum À Luz do Código Revisto*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010

FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R., *Civil Procedure*, 3ª ed., St. Paul: West Publishing Co., 1999

FRIEDENTHAL, Jack H., MILLER, Arthur R., SEXTON, HERSHKOFF, Helen, "Civil Procedure", 10th ed., in *Federal Judicial Branch Educational Edition*, WEST, 2011-2012, p. XIII

G

GERALDES, António Abrantes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, vol. II, 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2010

GOMES, Conceição, *Os Atrasos da Justiça*, Relógio D'Água Editores, 2011

GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2012

GOUVEIA, Mariana França, "Os poderes do juiz cível na acção declarativa. Em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão" in *Julgar*, nº 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 47

GOUVEIA, Mariana França, *A Causa de Pedir na Acção Declarativa*, Coimbra: Almedina, 2004

GOUVEIA, Mariana França, *Regime Processual Experimental - Anotado*, Coimbra: Almedina, 2006

GOUVEIA, Mariana França, GAROUPA, Nuno, MAGALHÃES, Pedro, (coord.) *Justiça Económica em Portugal: Produção de prova*, 2012, [sl] [se]

GOUVEIA, Mariana França, GAROUPA, Nuno, MAGALHÃES, Pedro, (coord.) *Justiça Económica em Portugal: Novo Modelo Processual*, 2012, [sl] [se]

GOUVEIA, Mariana França, GAROUPA, Nuno, MAGALHÃES, Pedro, (coord.) *Justiça Económica em Portugal: Gestão Processual e Oralidade*, 2012, [sl] [se]

GOUVEIA, Mariana França, GAROUPA, Nuno, MAGALHÃES, Pedro, *Justiça Económica em Portugal – Visitas a Tribunais Estrangeiros*, 2012, disponível em <https://www.ffms.pt> [acesso jan. 2013]

GOUVEIA, Mariana França, GAROUPA, Nuno, MAGALHÃES, Pedro, *Justiça Económica em Portugal – O Sistema Judiciário, Sistema processual, organização judiciária e profissões forenses*, 2012, disponível em <https://www.ffms.pt> [acesso jan. 2013]

GRAHAM, Michael H., *Federal Rules of Evidence in a nutshell*, United States of America: WEST, 2003

GUIBENTIF, Pierre; FRANCO, Vanessa, *Análise das entrevistas aprofundadas – Fragmentos seleccionados* Seminário Internacional sobre a audiência preliminar em processo civil, Mariana França Gouveia, (coord.), Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, (policopiado), 2006

H

HAY, Peter, *Law of the United States, An Overviwe*, Munique: Verlag C.H. Beck oHG, 2002

HESPANHA, António Manuel, *A Política Perdida: Ordem e Governo Antes da Modernidade*, Curitiba: Juruá Editora, 2010

HESPANHA, António Manuel *O Caleidoscópio do Direito – O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2009

J

JACOB, Herbert, BLANKENBURG, Erhard, KRITZER, Herbert M., PROVINCE, Doris Marie, SANDERS, Joseph, *Courts Law & Politics in Comparative Perspective*, Chelsea, Michigan: Yale University, 1996

JAUERNIG, Othmar, *Direito Processual Civil*, trad. de F. Silveira Ramos, Coimbra: Almedina, 1998

K

KAY, Maurice, *Blackstone's Civil Practice, The Comentary*, Oxford: Oxford, University Press, 2012

L

LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. de José de Sousa e Brito e José António Veloso, 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978

LOGHLIN, Paula, GERLIS, Stephen, *Civil Procedure*, 2ª ed., London: Cavendish Publishing Limited, 2004

M

MACHADO, António Montalvão, PIMENTA, Paulo, *O Novo Processo Civil*, Coimbra: Almedina, 2010

MARQUES, J. P. Remédio, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007

MATOS, José Igreja, "O juiz e o processo civil (contributo para um debate necessário)" in *Julgar*, nº 2,

Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 87.

MENDES, Armindo Ribeiro Mendes, *Recursos em Processo Civil, Reforma de 2007*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009

MENDES, João de Castro, *Direito Processual Civil*, vol. I, Lisboa: AAFDL, 1980

MENDES, João de Castro, *Direito Processual Civil*, vol. II, Lisboa: AAFDL, 1980

MENDES, João de Castro, *Direito Processual Civil*, vol. III, Lisboa: AAFDL, 1980

N

NEIL, Andrews, *O Moderno Processo Civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, trad. de Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

P

PIMENTA, Paulo, *A Fase de Saneamento do Processo Antes e Após a Vigência do Novo Código de Processo Civil*, Coimbra: Almedina, 2003

PRODI, Paolo, *Uma História da Justiça, do pluralismo dos tribunais ao moderno dualismo entre a consciência e o direito*, trad. de Isabel Teresa Santos, Lisboa: Editorial Estampa, 2002

R

RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O ónus da prova no processo civil*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2002

REGO, Carlos Lopes do, "Os Princípios Orientadores da Reforma do Processo Civil em Curso: o Modelo da Acção Declarativa" in *Julgar*, nº 16, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 99

REIS, José Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. III, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1950, (Reimpressão 2012)

ROSENBERG, Maurice, *The Pretrial Conference and Effective Justice*, New York and London: Columbia University Press, 1964.

S

SANTOS, Boaventura de Sousa, MARQUES, Maria Manuel Leitão, PEDROSO, João, FERREIRA, Pedro Lopes, *Os tribunais nas sociedades contemporâneas – O caso português*, Porto: Edições Afrontamento, 1996

SCHUBERT, Frank. A, *Introduction to Law and the Legal System*, 8ª ed., New York: Houghton Mifflin Company, 2004

SILVA, Paula Costa e, *A litigância de Má Fé*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008

SILVA, Paula Costa e, "Saneamento e Condensação no Novo Processo Civil: A fase da audiência preliminar" in *Aspectos do Novo Processo Civil*, Lisboa: Lex, 1997, p. 213

SIME, Stuart, *A Practical Approach to Civil Procedure*, 9ª ed., Oxford: University Impress, 2006

SOUSA, Miguel Teixeira de, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª ed., Lisboa: Lex, 1997

SOUSA, Miguel Teixeira de, *As partes, o objeto e a prova na ação declarativa*, Lisboa: Lex, 1995

SOUSA, Miguel Teixeira de, *Introdução ao processo civil*, Lisboa: Lex, 1993

T

TARUFFO, Michele, “Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa” in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno LX, nº 2, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore 2006, p. 451.

V

VARELA, Antunes, BEZERRA, José Miguel, NORA, Sampaio e, *Manual de Processo Civil*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1985

VEZZULLA, Juan Carlos, *Mediação – Teoria e Prática, Guia para Utilizadores e Profissionais*, 2ª ed., Lisboa: Agora Comunicação, 2005

VICENTE, Dário Moura, *Direito Comparado, Introdução e Parte Geral*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2011

W

WILDE, Zulema D., GAIBROIS, Luís M., *O que é a Mediação*, trad. de Soares Franco, Lisboa: Agora Publicações, 2003

WOOLF, *Acess to Justice, Final Report*, London: The Stationery Office, 1996